

Münster 1968

**Die Abberufung
des Geschäftsführers der GmbH
von der
Geschäftsführung und Vertretung**

Hans-Ernst Harde

1968

Die Abberufung des Geschäftsführers der GmbH
von der Geschäftsführung und Vertretung

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die rechts- und staatswissenschaft-
liche Fakultät der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt von Hans-Ernst Harde
aus Hamm (Westf.)
Jahr: 1969

Erster Berichterstatter: Prof.Dr.Dr.Lukes

Zweiter Berichterstatter: Prof.Dr.Brox

Dekan: Prof.Dr.Nörr

Tag der mündlichen Prüfung: 24.Mai 1968



Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	
A Einführung in die Problemstellung	1
1. Hauptteil	9
B Begriffsbestimmungen	9
I. Die Begriffe Geschäftsführung und Vertretung im Gesetz und im Schrifttum.	9
II. Der Begriffsinhalt von Geschäfts- führung und Vertretung und ihr Verhältnis zueinander.	12
III. Das Problem der Einheitlichkeit oder Teilbarkeit der Abberufungs- möglichkeit hinsichtlich Geschäfts- führung und Vertretung.	15
C Das materielle Abberufungsrecht nach der gesetzlichen Regelung des § 38 GmbHG.	36
I. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Widerrufs.	37
1) Der Widerruf als einseitige empfangsbedürftige Willens- erklärung.	37
2) Kritik der Gegenmeinung: Der Widerruf als einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechts- geschäft.	38

II. Der Widerruf nach § 38	
Abs 1 GmbHG.	41
III. Der Widerruf nach § 38	
Abs 2 GmbHG.	45
1) Der Ausschluß der freien Widerruflichkeit.	45
a) Der gesetzliche Ausschluß der freien Widerruflichkeit.	46
b) Der vertragliche Ausschluß der freien Widerruflichkeit.	47
aa) Der ausdrückliche vertrag- liche Ausschluß der freien Widerruflichkeit.	48
aaa) Der außerstatutarische Ausschluß der freien Widerruflichkeit.	48
bbb) Die Beschränkung der freien Widerruflichkeit in der Satzung.	54
ccc) Die Aufhebung der statu- tarischen Beschränkung des Abberufungsrechtes.	56
ddd) Der Verzicht auf die freie Widerruflichkeit.	57
bb) Die konkludente vertragliche Beschränkung der freien Widerruflichkeit.	59

III

	<u>Seite</u>
aaa) Das Sonderrecht zur Geschäftsführung.	60
bbb) Das Sonderrecht zur Bestel- lung eines Geschäftsführers und die Sonderpflicht zur Geschäftsführung.	64
2) Die wichtigen Gründe.	65
a) Allgemeines zum wichtigen Grund.	65
b) Grobe Pflichtverletzung.	68
aa) Der Treubruch.	68
bb) Der Mißbrauch der Organstellung, um sich auf Kosten der GmbH zu bereichern.	73
c) Der wichtige Grund ohne Verschulden des Geschäftsführers.	74
aa) Unverträglichkeit des Geschäftsführers.	75
bb) Verlust der Kreditwürdigkeit des Geschäftsführers.	77
cc) Unfähigkeit zur Geschäftsführung.	79
d) Die Bestimmung besonderer Tatumstände als wichtige Gründe durch Satzung oder Vereinbarung mit dem Geschäftsführer.	83
3) Die Wirksamkeit des Widerrufs bei Beschränkung des Widerrufsrechts auf wichtige Gründe.	85
a) Der Widerruf ohne wichtigen Grund.	88

	b) Der Streit um das Vorliegen eines wichtigen Grundes.	94
	IV. Die Abberufung des Geschäftsführers der "mitbestimmten" GmbH.	103
D	Die Grenzen des Abberufungsrechts.	105
	I. Die Möglichkeit des Ausschlusses der §§ 134, 138 BGB durch die §§ 241 ff AktG.	107
	II. Die allgemeinen Grenzen des Abberufungsrechts.	110
	1) Das gesetzliche Verbot.	110
	2) Das Schikaneverbot.	114
	3) Die Sittenwidrigkeit.	115
	4) Treu und Glauben.	117
E	Die Zuständigkeit zur Abberufung.	119
	I. Das Verhältnis von Berufungs- und Abberufungsrecht.	120
	II. Konkurrierende oder ausschließliche Abberufungszuständigkeit.	122
	III. Die Übertragung des Abberufungsrechts auf eine andere Stelle außerhalb des Gesellschaftsvertrages.	132
	IV. Die Übertragung des Abberufungsrechts innerhalb der GmbH.	135

1. Die Übertragung auf ein bestehendes Gesellschaftsorgan.	135
2. Die Übertragung des Abberufungsrechts auf einen einzelnen oder mehrere Gesellschafter oder einen Dritten unter Bestellung zum Abberufungsorgan.	136
3. Sonderregelungen im Mitbestimmungsgesetz, im Mitbestimmungsergänzungsgesetz und im Betriebsverfassungsgesetz.	140
4. Die Übertragung des Abberufungsrechts auf den obligatorischen Aufsichtsrat nach § 77 BVG.	144
 V. Die Übertragung des Abberufungsrechts auf eine außerhalb der Gesellschaft stehende Stelle.	 146
 VI. Die Abberufungsbefugnis im Konkurs der GmbH.	 149
 VII. Die Zuständigkeit zur Erklärung der Abberufung.	 151
 2. Hauptteil	 154
 F Die Abberufung durch Beschluß.	 154
 I. Beschluß der Gesellschafterversammlung.	 154
1. Die Einberufung der Gesellschafterversammlung.	154
2. Die Mehrheitserfordernisse bei der Abstimmung.	157

3. Mehrheitserfordernisse bei Bestellung des Geschäftsführers im Gesell- schaftsvertrag.	158
4. Die Zulässigkeit von Mehrheitsver- einbarungen bei der Abberufung nach § 38 Abs 1 GmbHG.	162
5. Die Zulässigkeit von Mehrheitsverein- barungen bei der Abberufung aus wich- tigem Grund gem. § 38 Abs 2 GmbHG.	164
6. Das Stimmrecht des Gesellschafter- Geschäftsführers bei seiner Abberufung ohne wichtigen Grund.	169
7. Das Stimmrecht des Gesellschafter- Geschäftsführers bei seiner Abberufung aus wichtigem Grund.	177
8. Das Stimmrecht eines Dritten bei der Beschlußfassung über die Abberufung.	181
9. Die Formerfordernisse des Abberufungsbeschlusses.	183
10. Das Wirksamwerden des Abberufungs- beschlusses.	188
II. Der Beschluß des Aufsichtsrats.	193
1. Vollzähligkeit und Handlungsfähigkeit.	194
2. Beschlußfähigkeit.	197
3. Mehrheitserfordernisse.	200

	<u>Seite</u>
G Der fehlerhafte Abberufungsbeschluß.	201
I. Der formell fehlerhafte Beschluß.	201
II. Der materiell fehlerhafte Beschluß.	205
III. Die rechtliche Beurteilung des formell oder materiell fehlerhaften Beschlusses.	205
IV. Die Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit des Gesellschafterbeschlusses.	206
1. Der "Nichtbeschluß", der "Scheinbe- schluß" und der Beschluß des unzuständigen Organs.	206
2. Der unwirksame Abberufungsbeschluß.	209
3. Die Nichtigkeit des Abberufungs- beschlusses.	211
4. Die Anfechtbarkeit des Abberufungs- beschlusses.	220
V. Die Geltendmachung von Unwirksamkeit, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.	225
1. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit.	226
2. Die Geltendmachung der Nichtigkeit.	226
3. Die Geltendmachung der Anfechtbarkeit.	231
VI. Die Heilung des mangelhaften Abberufungsbeschlusses.	238
VII. Der fehlerhafte Abberufungsbeschluß des Aufsichtsrats.	241

H	Die Abberufung durch einstweilige Verfügung.	242
3.	Hauptteil	250
J	Die Rechtsposition des Geschäftsführers.	250
	I. Die Wirkungen der wirksamen Abberufung.	250
	1. Der Streit um den einheitlichen Geschäftsführervertrag.	251
	2. Die Beendigung des inneren Rechtsver- hältnisses, wenn man die Anstellung von der Bestellung unterscheidet.	258
	3. Die Beendigung des inneren Rechtsver- hältnisses, wenn man annimmt, daß die Dienstverpflichtung des Geschäftsführers nur ein unselbständiger Teil des Geschäftsführervertrages ist.	261
	II. Die Problematik des Kündigungsschutzes für den Geschäftsführer.	262
	III. Die Rechtsstellung des Geschäftsführers nach erfolgter Abberufung.	274
	1. Die Rechtsstellung des Geschäftsführers bei Abberufung ohne wichtigen Grund.	274
	a) Die gerichtliche Nachprüfung der Ausübung des Abberufungsrechts.	274
	b) Der Anspruch des Geschäftsführers auf Entschädigung gem. § 38 Abs 1 Satz 1 GmbHG.	277
	c) Das Zurückbehaltungsrecht des Geschäftsführers.	281

	<u>Seite</u>
2. Die Rechtsstellung der Abberufung aus wichtigem Grund.	288
a) Gerichtliche Nachprüfung.	288
b) Entschädigungsansprüche des Geschäfts- führers bei berechtigter Abberufung aus wichtigem Grund.	293
K Die Rechtsposition der GmbH nach erfolgter Abberufung des Geschäftsführers.	295
I. Der Anspruch auf Rechnungslegung.	295
II. Die Eintragung in das Handelsregister.	295
L Reform des Abberufungsrechts.	300

LITERATURVERZEICHNIS

(Stand Februar 1968)

Kommentare, Lehrbücher, Handbücher.

- | | |
|---------------------|--|
| .Anthes | Kommentar zum Kündigungs-
schutzgesetz, München, 1934,
Zit.: Anthes, KSchG |
| Baumbach-Hueck | Kurzkommentar zum Aktiengesetz,
begründet von Adolf Baumbach,
fortgeführt von Alfred Hueck,
unter Mitwirkung von Götz Hueck,
München und Berlin, 13.Aufl 1968
Zit.: Bb-Hueck, AktG |
| Baumbach-Hueck | Kommentar zum Gesetz betreffend
die Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, begründet von Adolf
Baumbach, fortgeführt von Alfred
Hueck, München und Berlin,
12.Aufl 1966
Zit.: Bb-Hueck, GmbHG |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und anderen
Nebengesetzen, begründet von
Adolf Baumbach, fortgeführt von
Wolfgang Lauterbach unter Mitarbeit
von Jan Albers, München und Berlin,
29.Aufl 1966,
Zit.: Bb-Lauterbach |
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen
ohne Seerecht, begründet von Adolf
Baumbach fortgeführt von Konrad
Duden, München und Berlin,
17.Aufl 1966
Zit.: Bb-Duden |
| Boldt | Mitbestimmungsgesetz, Eisen und Kohle,
Kommentar München/Berlin, 1952,
Zit.: Boldt, MitbestG |
| Boldt | Mitbestimmungsergänzungsgesetz,
Kommentar München/Berlin. 1957.
Zit.: Boldt, MitbestErgG |

- | | |
|---------------------|--|
| Brodmann | Kommentar zum Aktienrecht, bearbeitet von Erich Brodmann, Berlin und Leipzig, 1928, Zit.: Brodmann, AktG |
| Brodmann | Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, von Erich Brodmann, Berlin und Leipzig, 2.Aufl 1930, Zit.: Brodmann GmbHG |
| Bührig | Handbuch der Betriebsverfassung, mit Beiträgen von Dr.Viktor Agartz, Dr.Brennecke, Eduard Deutschbein, Fritz Fricke, Fritz Kastner, Dr.Wilhelm Maus, Dr.Johannes Schregle, 1.Aufl, 1953, Zit.: Bührig |
| von Caemmerer | Die Bestätigung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse, Festschrift für Alfred Hueck, München und Berlin, 1959, veröffentlicht in: Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Seite 281 - 294. Zit.: Caemmerer, Hueck-Festschrift |
| Cosack | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Konrad Cosack, Jena, 5.Aufl, 1910/12, Zit.: Cosack |
| Crüger-Crecelius | Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, von Hans Crüger und Adolf Crecelius, Berlin und Leipzig, 6.Aufl, 1922, Zit.: Crüger-Crecelius |
| Dietz | Betriebsverfassungsgesetz und Wahlordnung, 3.Aufl 1960, 4.Aufl 1967, Zit.: Dietz |
| Dietz | Der obligatorische Aufsichtsrat einer GmbH, Festschrift für H.Lehmann, Berlin, Tübingen, Frankfurt/M., 1956, S. 693 ff, Zit.: Dietz, Lehmann-Festschrift |
| Düringer-Hachenburg | Das Handelsgesetzbuch unter Leitung von Max Hachenburg, erläutert von Fritz Bing, James Brut, Julius Flechtheim, Karl Geiler, Viktor Koeniger, Jochen Lehmann, Zit.: Düringer-Hachenburg |

- Enneccerus-Nipperdey** Allgemeiner Teil des BGB, Lehrbuch von Ludwig Enneccerus, bearbeitet von Hans Carl Nipperdey, Tübingen, 15. Aufl 1960, Zit.: Enneccerus-Nipperdey
- Entwurf** Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, amtliche Ausgabe, Berlin 1891, Zit.: Entwurf
- Erman** (Arndt, Bartholomeyczik, Böhle-Stamschrädler, Drees Groepper, Hauß, Hefermehl, Hense, Küchenhoff, Marquardt, Ronke, Schopp, Schulze-Wenck, Seiler, Wagner, Weitnauer, Westermann), Handkommentar zum BGB, 3. Aufl, zwei Bände mit Nachträgen, Münster, 1962/64, Zit.: Ermann
- Erdmann** Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952, 2. Aufl, 1954, Zit.: Erdmann
- Feine** Ehrenberg, ⁴Handbuch des gesamten Handelsrechts, Teil III, Abschnitt 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, von Erich Feine, Leipzig, 1929, Zit.: Feine in Ehrenberg
- Fischer** Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem von Robert Fischer, Festschrift für Walter Schmidt, Berlin, 1929, S. 117 ff, Zit.: Fischer in Festschrift für Schmidt
- Fitting-Kraegeloh-Auffarth** Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, Handkommentar für die Praxis, 7. Aufl, von Karl Fitting und F. Auffarth, Berlin-Frankfurt/M., 1966, Zit.: Fitting-Kraegeloh
- Fröhlich-Franke-Wagner** Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach dem BetriebsverfG vom 11.10.1952, Erläuterungen zu §§ 76, 77 BetriebsverfG 1952, Zit.: Fröhlich-Franke-Wagner
- Galperin-Siebert** Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl, Heidelberg, 1963, Zit.: Galperin-Siebert

- von Gierke Julius Handelsrecht und Schiffahrtsrecht
von Julius von Gierke, 8.Aufl,
Berlin, 1958,
Zit.: Gierke, Handelsrecht
- von Gierke Otto Die Genossenschaftstheorie und
die deutsche Rechtsprechung von
Otto von Gierke, Berlin, 1887,
Zit.: Gierke, Genossenschafts-
theorie
- Godin-Wilhelmi Aktiengesetz vom 6.9.1965,
bearbeitet von Hans Wilhelmi
und Sylvester Wilhelmi,
3.Aufl, Berlin, 1967,
Zit.: Godin-Wilhelmi
- Goldschmidt Das Kündigungsschutzgesetz,
erläutet von Friedrich Goldschmidt,
II, 2.Aufl, 1929,
Zit.: Goldschmidt
- Gadow-Heinichen Großkommentar zum Aktiengesetz,
begründet von W.Gadow, E.Heinichen,
E.Schmidt, W.Schmidt, O.Weipert,
2.Aufl, Berlin, 1961, von C.H.
Barz, R.Fischer, U.Klug, K.Mellero-
wicz, J.Meyer-Landrut, W.Schilling,
W.Schmidt,
Zit.: Schmidt in GroßK zum AktG
- Hachenburg Kommentar zum Gesetz betreffend
die Gesellschaft mit beschränkter
Haftung (früher: Staub-Hachenburg)
6.Aufl, Berlin, 1957, bearbeitet
von Schmidt (§§ 20-34, 45-52,
60-77), Klug und Goerdeler (§§ 81 a.
84), Schilling (Allg.Einl.,
§§ 1-19, 35-44, 53-59, 78-84),
Bd.I (§§ 1-34), Berlin, 1956,
Bd.II (§§ 35-84), Berlin, 1959,
Zit.: Hach.-Schilling; Hach.-Schmid
- Heck Grundriß des Sachenrechts von
Philipp Heck, Neudruck der Aus-
gabe Tübingen, 1930, 1960,
Zit.: Heck

Knietz	Der Besitz, 1960,
Küchenhoff	Betriebsverfassungsgesetz, 1. Aufl 1954, Zit.: Küchenhoff
Kunkel	Handbuch der GmbH, praktische Rechtshilfe für die Organe der GmbH, von O. Wilke, H. Gottschlich, M. Kunkel, D. Köhler, 2. Aufl, 1959, Zit.: Wilke in Handbuch der GmbH
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft von Karl Larenz, Berlin-Göttingen- Heidelberg, 1960, Zit.: Larenz, Methodenlehre
Lehmann-Hübner	Lehrbuch des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches, neu be- arbeitet von H. Hübner, 15. Aufl 1966, Zit.: Lehmann-Hübner
Lehmann	Gesellschaftsrecht von Heinrich Lehmann, 2. Aufl, Berlin und Frankfurt, 1959, Zit.: Lehmann, Gesellschafts- recht
Liebmann	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haf- tung, 6. Aufl, 1921, Zit.: Liebmann 7. Aufl, 1927, bearbeitet von A. Saenger, Zit.: Liebmann-Saenger
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Kommentar, 1958 - 1966, Zit.: Maunz-Dürig
Maurach	Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, Lehrbuch, 3. Aufl 1965, Verlag C.E. Müller, Karlsruhe, Zit.: Maurach
Meissinger	Betriebsverfassungsgesetz, 1. Aufl, 1952. Zit.: Meissinger
Molitor	Die Kündigung unter besonderer Berücksichtigung der Kündigung des Arbeitsvertrags, 2. Aufl, Mannheim, 1951, Zit.: Molitor, Kündigung
Molitor	Die Bestellung zum Vorstandsmit- glied einer AG. Ihre Voraus- setzungen und Folgen; Sonderab- druck aus der Festschrift der Leip- ziger Juristenfakultät für Viktor Ehrenberg, Leipziger rechtswissen- schaftliche Studien, Heft 21, Leipzig 1927, Zit.: Molitor, Bestellung

- Müller-Lehmann Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, Bergbau und Eisen, Buchreihe des Betriebsberaters, 1952, Zit.: Müller-Lehmann
- Nikisch Arbeitsrecht von Arthur Nikisch, Bd.I, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3.Aufl, Tübingen, 1961, 3.Bd., Betriebsverfassungsrecht, 2.Aufl, 1966, Zit.: Nikisch 3.Aufl
Nikisch 2.Aufl
- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearbeitet von Dankelmann, Degenhart, Gramm, Hoche, Lauterbach, Rechenmacher, 27.Aufl, München und Berlin, 1968, Zit.: Palandt
- Parisius-Crüger Kommentar zum Reichsgesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung von Ludolf und Hans Crüger, 6.Aufl, Berlin, 1922, Zit.: Parisius-Crüger
- Ritter Kommentar zum Aktiengesetz mit Einführungsgesetz von Karl Ritter 2.Aufl, 1939, Nachtrag von 1940, Berlin und München, Zit.: Ritter
- Rohlfing Kündigungsschutzgesetz von Theodor Rohlfing, Frankfurt/M., 1951, Zit.: Rohlfing
- RGR-Kommentar Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts- und des Bundesgerichtshofs, bearbeitet von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11.Aufl, Berlin, 1960, Zit.: RGRK zum BGB
2.Aufl, Berlin, 1963, Zit.: RGRK zum HGB
- Rosenberg Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts von Leo Rosenberg, 9.Aufl, Berlin und München, 1961, Zit.: Rosenberg
- Sahner Die Mitbestimmung in der Kohlen-, Eisen- und Stahlwirtschaft, in "Der Wirtschaftskommentar" Teil B: Arbeits- und Sozialrecht (Bd.III-1 a); Loseblatt-Kommentar, Zit.: Sahner, MitbestG

- Sahner Betriebsverfassungsgesetz, in "Der Wirtschaftskommentar", Teil E Arbeits- u. Sozialrecht (B III-1), Loseblatt-Sammlung, Stand Febr. 66
Zit.: Sahner BetriebsverfG
- Schlegelberger-Quasowsky Kommentar zum Aktiengesetz von 1937, von Franz Schlegelberger, Leo Quasowsky, Gustav Herbig, Ernst Geßler und Wolfgang Hefermehl, 3. Aufl, Berlin, 1939,
Zit.: Schlegelberger-Quasowsky,
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch, erläutert von Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt und Georg Schröder, 4. Aufl, Berlin und Frankfurt/M., 1963,
Zit.: Schlegelberger-Geßler
Schlegelberger-Hefermehl
- Scholz Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2. Aufl, Köln, 1950,
Zit.: Scholz
- Scholz-Hefermehl Kommentar zum GmbHG, bearbeitet von Franz Scholz, seit 1958 bearbeitet von Wolfgang Hefermehl, Köln-Marienburg, 5. Aufl, 1962, mit Nachtrag 1964, zur 4. u. 5. Aufl,
Zit.: Scholz-Hefermehl
- Sitzler-Goldschmidt Der Kündigungsschutz für Angestellte, Berlin, 1930,
Zit.: Sitzler-Goldschmidt
- Spoerlein Handbuch für den Geschäftsführer der GmbH, Rechte- Pflichten - Haftung nach dem Handelsrecht und nach dem Steuerrecht, 5. Aufl, 1961
Zit.: Spoerlein
- Staub Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1. Aufl, Berlin, 1903,
Zit.: Staub
- Staub-Hachenburg Staub's Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2. Aufl, 1906, 3. Aufl, 1909, Berlin, bearbeitet von Max Hachenburg,
Zit.: Staub-Hachenburg

- von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch in mehreren Bänden,
11.Aufl,
Zit.: Staudinger-Weber
Staudinger-Seufert
- Sudhoff Rechte und Pflichten des Ge-
schäftsführers einer GmbH, 4.Aufl
Köln, 1966,
Zit.: Sudhoff
- Sudhoff Der Gesellschaftsvertrag
der GmbH, München u.Berlin 1964,
Zit.: Sudhoff Gesellschafts-
vertrag
- Teichmann-Köhler Kommentar zum Gesetz über Aktien-
gesellschaften und Kommanditge-
sellschaften auf Aktien, von 1937
3.Aufl, Heidelberg, 1950,
Zit.: Teichmann-Köhler
- Treichel Praktisches Handbuch zum Be-
triebsverfassungsgesetz,
1.Aufl, 1953,
Zit.: Treichel
- Vogel Kommentar zum GmbHG, 2.Aufl,
Berlin und Frankfurt/M., 1956,
Zit.: Vogel
- Westermann Sachenrecht, ein Lehrbuch von
Harry Westermann, 5.Aufl, Karls-
ruhe, 1966,
Zit.: Westermann
- Wieland Das Handelsrecht, Bd.I, Die
kaufmännischen Unternehmen und
die Handelsgesellschaften,
München, 1921, Bd.II, Die Kapital-
gesellschaften, München, 1931,
Zit.: Wieland II
- Wieczorek Zivilprozeßordnung und Neben-
gesetze aufgrund der Rechtspre-
chung, kommentiert von Bernhard
Wieczorek, Berlin, 1957,
Zit.: Wieczorek
- Wilke Handbuch der GmbH, praktische
Rechtshilfe für die Organe der
GmbH und ihre Berater, von Otto
Wilke u.a., 2.Aufl, Köln, 1961,
Zit.: Wilke

- | | |
|--------------|--|
| Würdinger | Gesellschaften, erster Teil,
Recht der Personengesell-
schaften, Hamburg, 1937,
Zit.: Würdinger |
| Wolff-Raiser | Sachenrecht, ein Lehrbuch
von Martin Wolff, bearbeitet
von Ludwig Raiser, 10.Aufl,
1957,
Zit.: Wolff-Raiser |
| Zöllner | Die Schranken mitgliedschaft-
licher Stimmrechtsmacht bei den
privatrechtlichen Personenver-
bänden, Berlin, 1964,
Zit.: Zöllner |

Einzelchriften, Festschriften, Aufsätze, Mitteilungen.

- Apel Die Rechtsstellung des Aufsichtsrats der GmbH, in Die Mitbestimmung, gewerkschaftliche Informationsblätter, herausgegeben von der DAG Hamburg, (1956 - 1961), MitB 1956, 35
- Ballerstedt Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem Betriebsverfassungsgesetz, GmbH-Rundschau 1952, 177, 179
- Ballerstedt Bedarf ein Beschluß der Gesellschaft der GmbH der Verkündung durch die Vorsitzter? GmbHRRdSch 55, 160, 161
- Bartholomeyczik Die Stimme im System unserer Rechtshandlungen, S. 25 ff Würzburg, 1937
- Bartholomeyczik Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß in AcP 144, 287 ff.
- Bergmann Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, NJW 53, 81, 83
- Blumenthal Die Mitbestimmung in der deutschen Stahlindustrie, Veröffentlichungen der Akademie der Führungskräfte der Wirtschaft, Bd.II, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1960
- Boldt Das Mitbestimmungsrecht in Eisen und Kohle, RdA 1951, S.169 ff
- Boldt Bemerkungen zur Holding-Novelle Bergbau und Eisen, AktG 1956, 8 ff (AktG = Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen)
- Boldt Die Wahlordnung zur Holding-Novelle, Bergbau und Eisen, AktG 1957, 3 ff

- Bondi Übertragung des Rechts zur Be-
setzung gesellschaftlicher Ämter
an dritte, außerhalb der Gesell-
schaft stehende Personen, Fest-
schrift für Liebmann, S. 278, 286
- Dappisch Das zur gesetzlichen Vertretung
berufene Organ in den unter das
Mitbestimmungsrecht fallenden
Gesellschaften, Zeitschrift für
Bergrecht, 1952, 294 ff (er-
schienen 1903 - 1948/1950- 1966).
- Dersch Die Rechtsstellung von Organ-
mitgliedern juristischer Personen
und Gesellschaften im Arbeits-
recht und in der Sozialversiche-
rung, RdA 51, 213 ff
- Dietz Der obligatorische Aufsichtsrat
der GmbH, Festschrift für Hein-
rich Lehmann, Bd.II, 1956,
693 ff
- Dietz Anmerkungen zum Beschluß des
BAG vom 10.11.54, 1 ARR 24/54
in JZ 55, 179 ff
- Eder Generalvollmacht bei der GmbH,
GmbHRdSch 1962, 225 ff
- Farthmann Das neue Aktienrecht und seine
Auswirkung auf die Mitbestimmungs-
praxis, WWI 1966, 1 ff
- Fischer Das Recht der oHG als ergänzende
Rechtsquelle zum GmbH-Recht,
GmbHRdSch 53, 131
- Fischer Die personalistische GmbH als
rechtspolitisches Problem, Fest-
schrift für Walter Schmidt,
S. 117, 122
- Fitting Die Mitbestimmung in den Ober-
gesellschaften der Montanindustri-
AR-Blattei, Mitbestimmung der
AN, III A, Gesetz vom 21.5.51,
III B, Obergesellschaften

- Förtsch-Gruchot Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts.
- Freese Die Beschlußfähigkeit des beteiligungspflichtigen Aufsichtsrats, ZHR 118, 85 ff, (mit umfassenden Literaturhinweisen)
- Gadow Die Sonderrechte der Körperschaftsmitglieder, Gruchot, 66, 514 ff
- Gadow Das Recht der Körperschaftsmitglieder auf gleichmäßige Behandlung, LZ 1932, 921 ff
- Geiler Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht, Gruchot 68, 593, 605
- Geßler "Variable Aufsichtsräte?" Der Betrieb, 1953, 440
- Geßler Vollständigkeit und Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrats im MitbestG Bergbau und Eisen BB 51, 942 ff
- Geßler Die Mitbestimmung in Holding-Gesellschaften des Bergbaus und der eisen- und stahlerzeugenden Industrie, BB 1956, 625 ff
- von Godin Über die Natur des Vorstandsvertrags, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1938, 596 ff
- Goerdeler Zur Auslegung des § 38 Abs 2 GmbHG, GmbHRdSch 59, 198
- Gottmann Ausschaltung der Arbeitnehmer-schaft im obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH, AuR 1953, 280 ff (mit 1953 Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis, Bund-Verlag GmbH, Köln-Deutz)

Gottschlich	GmbHRRdSch 1957, 105; Anm zu OLG München in BB 56, 938
Halberstadt	Ungereimtheiten im Mitbe- stimmungsrecht, Bl.S.Soz.ArbR 1965, 379 ff
Hefermehl	Zur Höchstdauer der Vorstands- verträge bei Aktiengesell- schaften, DJ 1942, 619 ff
Herbig	Zur Nichtigkeit von Hauptver- sammlungsbeschlüssen nach dem neuen Aktienrecht, JW 1937, 851
Herrschel	Bedingte Bestellung des Arbeits- direktors, RdA 62, 413 ff
Huber	Die Nichtigkeit der Handels- gesellschaften und ihrer Be- schlüsse in verwaltungsrecht- licher Betrachtung, Verwaltungs- Archiv 37, 1 ff
Hueck	Mitbestimmungsrecht und Auf- sichtsrat, Der Betrieb 1951, 166 f 185 ff
Hueck	Der Aufsichtsrat der GmbH, BB 1953, S.325
Hueck	Besprechung des Kommentars von Hach.-Schilling, NJW 1957, 862
Hueck	Die Beteiligung der Arbeit- nehmer am Aufsichtsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz, Der Betrieb 1952, 781
Knur	Unternehmensform und Betriebs- verfassung, DNotZ 53, 6 ff
Kreifels	Der Aufsichtsrat - Organ der GmbH, GmbHRRdSch 56, 53 ff
Kötter	Die Bestellung des "elften" Mitglieds im künftigen Aufsichts- rat der Montangesellschaft, NJW 51, 417 ff

Kötter	Zweifelsfragen des Mitbestimmungsrechts, JZ 53, 199 ff
Kötter	Zur Problematik der Einführung der Montanmitbestimmung bei Holding-Gesellschaften, RdA 54, 161 ff
Kunze	Die gesetzliche Regelung der Mitbestimmung in den Montangesellschaften, AuR 56, 225 ff und 257 ff
Kuttner	"Generalvollmacht für eine GmbH" DR 42, 1488
Larenz	Zur Analogie NJW 65, 1 ff
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960
Lehmann	Vollständigkeit und Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates im Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen, BB 51, 824 ff
Lukes	Teilentzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse bei der oHG durch Urteil, JR 1960, 41 ff
Möhring	Mitbestimmungsrecht und Aktienrecht, NDR 51, 513 ff
Nipperdey	Das satzungsmäßige Entsendungsrecht der GmbH-Gesellschafter und das Betriebsverfassungsgesetz, GmbHRdSch 53, 145
Patschkovsky	"Generalvollmacht für eine GmbH" DR 1943, 607
Quecke	Anmeldung und Veröffentlichung des ersten Aufsichtsrats der GmbH zum Handelsregister, GmbHRdSch 58, 117 ff
Reinhardt	Zum Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes der Eisen- und Stahlindustrie, Festschrift für Nipperdey, Bd.II, S. 517

Ripfel	"Ist Generalvollmacht an GmbH-Gesamtgeschäftsführer oder Dritten zulässig?" GmbHHRdSch 53, 181 ff
Schilling	Die Mitbestimmung im Lichte des Gesellschaftsrechts, RdA 54, 441 ff
Schilling	Vollständigkeit und Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz, BB 53, 388 ff
Schmidt	Die Einwirkungen des Betriebsverfassungsgesetzes auf das Aktien- und das GmbH-Recht, NJW 52, 1353 ff
Schmidt	Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft nach dem Inkrafttreten des BetriebsverfG, NJW 53, 1376 ff
Scholz	Austritt und Ausschließung aus der GmbH, DR 42, 1667 ff
Scholz	Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen und Rechtssicherheit, GmbHHRdSch 52, 161 ff; 54, 65 ff
Scholz	Der wichtige Grund, SJZ 49, 1 ff
Scholz	Zur Frage der Abberufung eines Geschäftsführers und Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters, GmbHHRdSch 51, 85 ff
Spitzbarth	Die rechtliche Stellung des Generalbevollmächtigten, BB 1962, 851 ff
Tucher	Das Recht der oHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbHG, GmbHHRdSch 53, 131

Ullmann	Streitfragen aus dem Gebiet des gesetzlichen ehelichen Güterrechts, AcP 92, 288
Unglaube	Die jüngste Änderung des Aktien- und Mitbestimmungs- rechts, AktG 1957, 169 ff
Vogel	Satzungsmäßige Mehrheit bei der Abberufung aus wichtigem Grund, GmbHRdSch 51, 181
Vogel	Die Rechtsprechung des BGH zum Recht der GmbH im Jahre 1957, GmbHRdSch 1958, 139 ff
Vogel	Die Befristung der Anfechtungs- klage bei der GmbH, GmbHRdSch 53, 5 ff
Wiedemann	Abberufung eines GmbH-Gesell- schafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grund, BB 57, 696 ff.

Entscheidungssammlungen und Zeitschriften

AcP	Archiv für civilistische Praxis (1.1818 - 149. 1944, 150 1948/49 ff)
AnR	Arbeitnehmerrecht
ArbR-Sammlung (ArbRS1g)	Entscheidungen des Reichsgerichts und der Landesarbeitsgerichte.
AR - Blattei	Arbeitsrecht -Blattei (= Gruppe 11 der "Rechts- und Wirtschafts- praxis") verlegt von Forkel
ArbRPrax	Arbeitsrechts-Praxis , Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sozialversiche- rung und soziale Verwaltung (1.1928 - 6.1933)
BB	Der Betriebsberater (1.1946 ff)
BGB1	Bundesgesetzblatt (1950; dann zerfallen in Teil I und II.)
BGH (BGHZ)	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofes in Zivilsachen (1.1951 ff)
DB	Der Betrieb (1.1948 ff)
DJ	Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, Amtl.Organ des Reichsministers der Justiz (95, 1933 - 106, 1945)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift (33. 1933 - 44. 1944, Jg 1950 ff vorher: Zs.d.Dt.Notarvereins)
DR (DRW)	Deutsches Recht, herausgegeben von Dr.Hans Frank, jetzt ver- einigt mit Juristische Wochen- schrift, Berlin (9.1939 - 15.1945)
Frankfurter Rundschau	Frankfurter Rundschau, Wirt- schaftszeitung
GmbHHRdSch	Rundschau für GmbH (1.1910 - 35. 1944, 41.1950 ff - 37.1946 - 40. 1949)
GmbH-Rspr	Die GmbH in der Rechtssprechung der Deutschen Gerichte (1.1892/1911 - 4.1932 ff)
Gruchot (Gruch.Beitr)	Beiträge zur Erläuterung des (bis 15.1871: Preußischen) Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (1.1857 - 73.1933)
Hans GZ (HGZ)	Hanseatische Gerichtszeitung, Hamburg, (1.1880 - 48.1927; dann fortgesetzt als: Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung.)

HEZ	Hochstrichterliche Entscheidungen. Sammlungen von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichte in Zivilsachen (1.-3.1. 48/50)
HRR	Höchststrichterliche Rechtssprechung (4.1918 - 18.1942)
JbFG (JFG)	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarekeit und des Grund- buchrechts (begr.von Ring, 1.1924 - 23.1943)
Jherings Jahrb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Folge II, 1. (= 37 d.Gesamtreihe) 1897 - 54 (= 90) 1942)
JR	Juristische Rundschau (1.1925 - 11.1935; 1.1947 ff)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung (6.1951 ff) Fortsetzung von Dt.Rechts-Zs und Sudd.Juristenzeitung.
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der frei- willigen Gerichtsbarekeit, in Kosten- Stempel- und Strafsachen (1.1881 - 53.1922)
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichts- hofs von Lindenmaier-Möhring (Loseblattsammlung seit 1951)
LZ	Leipziger Zeitung für Deutsches Recht (1.1907 - 27.1933)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (1.1947 ff)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (1.1947/48 ff)
OGHZ	Entscheidungen des obersten Ge- richtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OLGR	Die Rechtssprechung der Oberlan- desgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts, von Mugdan und Falk- mann (1.1900 - 46.1928)
RAG (RarbG)	Entscheidungen des Reichsarbeits- gerichts (1.1928 - 27.1944)
RdA	Recht der Arbeit (1.1848, ff)

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (1.1880 - 172.1945)
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (1.1900-17.1922)
ROHG (BOHG)	Sammlungen der Rechtssprechung des Reichsoberhandelsgerichtshofes (1.1871 - 25.1880)
Seuff A	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (1.1847 - 98.1944)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (1.1946 - 5.1950 dann: Juristenzeitung (JZ))
VerwArch (VwArch)	Verwaltungsarchiv (1.1893 - 47.1942, 48.1957 ff)
WA	Westdeutsche Arbeitsrechtssprechung (1.1948 - 18.1965)
WWJ (WWJ-Mitt)	WWJ-Mitteilungen, Wirtschaftswissenschaftliches Institut der Gewerkschaften (6.1953 ff; vorher: Mitteilungen des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der Gewerkschaften)
ZAkDR (auch: AkZ)	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (1.1934 - 11.1944)
ZBergR (auch: ZGB)	Zeitschrift für Bergrecht (1.1860 ff)
ZHR (auch: ZfHR, ZHR, ZGHR, ZAK, GoldschmidtsZ)	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt (1.1858 - 110.1944, 111.1948 ff)

A Einführung in die Problemstellung

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine "Abart der Aktiengesellschaft" ¹⁾, die vom Gesetzgeber ohne Vorbild rechtsschöpferisch in weitgehender Anlehnung an das Recht der AG als Kapitalgesellschaft erschaffen wurde. Sie kann je nach der Intuition und dem Willen ihrer Gründer oder der Gesellschafter im Rahmen der zwingenden gesetzlichen Vorschriften mehr personalistisch oder mehr kapitalistisch ²⁾ ausgestaltet werden. Sie ist Verein und Handelsgesellschaft ohne Rücksicht auf den von ihr verfolgten Zweck ³⁾ und bedarf wie jede juristische Person einer korporchaftlichen Verfassung. Deren Grundzüge hat das GmbH-Gesetz zwingend festgelegt. Die Verfassung der GmbH, wie sie im Gesetz und ergänzend im konkreten Einzelfall durch den Gesellschaftsvertrag ausgestaltet ist bestimmt die Anzahl ihrer Organe, regelt das Verhältnis der einzelnen Organe zueinander, fixiert deren rechtliche Stellung im korporchaftlichen Verband, grenzt die Aufgabengebiete und Funktionsbereiche der Organe gegeneinander und bei mehrgliedrigen Organen innerhalb des betreffenden Organs ab und legt Art und Weise der Bestellung, die Gründe und das Verfahren für die Abberufung eines Organs fest.

1) Hueck, Gesellschaftsrecht, S.198

2) Die GmbH wird vielfach ihrem Wesen nach als Mittelding zwischen der reinen Kapitalgesellschaft und der individuell organisierten oHG bezeichnet, vgl. Entwurf I S.35; RGZ 80, 385 (387); 81, 325 (329); Scholz-Hefermehl, Einl. S.26; Hach.-Schilling, § 38 Anm 10; Fischer, Gruch 68, 593 (605)

3) Sie ist Formkaufmann: § 13 Abs 3 GmbHG in Verbindung mit § 6 HGB.

Die GmbH hat notwendig zwei Organe: Den oder die Geschäftsführer und die Gesamtheit der Gesellschafter. Fakultativ können auch ein Aufsichtsrat¹⁾ und sonstige verfassungsmäßige Vertreter²⁾ bestellt werden.

1) § 77 des BetrVG bestimmt zwingend, daß Gesellschaften mbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern einen Aufsichtsrat haben müssen. Seine Rechtsstellung ergibt sich zwingend aus den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des AktG, während die Rechtsstellung des fakultativen Aufsichtsrats des § 52 GmbHG nur dann den Vorschriften des Aktienrechts zu entnehmen ist, soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt wurde. Auf den ebenfalls obligatorischen Aufsichtsrat nach § 3 MitbestG vom 21.5.1951 und § 3 MitbestErgänG (sog. Holding-Novelle) vom 7.8.1956 der GmbH-Gesellschaften im Bereich der Montan-Industrie finden in vollem Umfang zwingend die Vorschriften des AktG Anwendung. § 3 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 16.4.1957 schreibt ebenfalls für diese Unternehmen in der Rechtsform der GmbH einen obligatorischen Aufsichtsrat vor, dessen Rechtsstellung vollständig dem des Aufsichtsrats nach dem BetrVG gleicht. Beide Bestimmungen verweisen auf die gleichen aktienrechtlichen Vorschriften. Auch gemeinnützige Wohnungsbauunternehmen müssen nach § 1 der VO zur Durchführung des Gesetzes über Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen vom 23.7.1940 einen Aufsichtsrat oder ein dem Aufsichtsrat ähnliches Organ haben. Über die Rechte und Pflichten dieses Aufsichtsrats ist im Gesetz nichts bestimmt. Es gilt daher die Vorschrift des § 52 GmbHG.

2) Unbestritten. Vgl. statt aller: Scholz-Hefermehl, § 35 Anm 1; RGZ 157, 228 (237); RG, DR 1942, 1703.

Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter als einzelne wie der Gesamtheit der Gesellschafter und des Aufsichtsrats sind nicht Gegenstand dieser Arbeit, ebensowenig wie die Begründung und Beendigung deren Rechtsstellung. Sie bleiben daher im folgenden außer Betracht.

Der Geschäftsführer ist nach der Verfassung der GmbH das Organ, dem im gesetzlichen Normalstatut eine sehr große Machtbefugnis eingeräumt wird. In seiner Hand liegt grundsätzlich der gesamte Betrieb rechtlicher und tatsächlicher Art. Er hat das technische und kaufmännische Personal anzustellen und zu entlassen, die Fabrikationsmethoden zu bestimmen, den gesamten inneren Dienst zu leiten und die Gesellschaft nach außen zu vertreten. Zwar ist die Gesellschafterversammlung "oberstes Willensorgan" ¹⁾ und die Aufzählung ihrer Befugnisse in § 46 GmbHG keineswegs erschöpfend, da der Gesellschaftervertrag die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung auf andere Aufgaben ausdehnen kann (§ 45 Abs 1 GmbHG) - die Beschränkung ²⁾ der Aufgabe des Geschäftsführers kann sogar soweit gehen, daß der Geschäftsführer im Innenverhältnis nur noch "Vollzugsbeamter" ³⁾ der übergeordneten Organe ist -, aber die GmbH kann die Gesellschafterversammlung nicht vertreten. Der Geschäftsführer hat unbeschränkte und nach außen unbeschränkbare Vertretungsmacht. Nicht einmal der statutarisch be

1) Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 47 I, 2; Hach.-Schilling, § 45 Anm 7 u. 8; Scholz-Hefermehl, § 37 Anm 1; ähnlich: BB-Hueck, Anm 1 vor § 35

2) Gegenständliche Beschränkungen können sich aus dem statutarischen Zweck ergeben (RGZ 115, 246 (249)), aus einer vorgeschriebenen Geschäftsverteilung, aus allgemeinen Instruktionen und Dienstanweisungen, aus Gesellschafterbeschlüssen und Anweisungen für den Einzelfall; vgl. Scholz-Hefermehl, § 37 Anm 4.

3) Scholz-Hefermehl, § 37 Anm 4 Abs 3; Hach.-Schilling, § 35 Anm 34.

stimmte Gesellschaftszweck¹⁾ kann die Vertretungsmacht²⁾ begrenzen. Die Vertretungsmacht erstreckt sich auf alle gerichtlichen³⁾ und außergerichtlichen Angelegenheiten. Der Geschäftsführer gibt die Willenserklärungen der GmbH ab und vollzieht die rechtsgeschäftlichen Handlungen mit der Wirkung, daß allein die GmbH aus seinem Handeln berechtigt und verpflichtet wird.⁴⁾

1) Im Gegensatz dazu die angelsächsische Ultravires-Lehre, die in Deutschland nicht gilt, vgl. RGZ 115, 246 (249); BB-Hueck § 37 Anm 1; Scholz-Hefermehl, § 37 Anm 5; Hach.-Schilling, § 37 Anm 7; Brodmann, GmbHG, § 36 Anm 2 a

2) Auf die der Vertretungsmacht des Geschäftsführers als Organ der GmbH immanenten Grenzen, daß die Vertretungsmacht nur sogenannte individualrechtliche Geschäfte (so Feine in Ehrenburg S.489; Hach.-Schilling, § 36 Anm 2; Brodmann, GmbHG, § 36 Anm 2 a; soweit ersichtlich ist diese Auffassung unbestritten) oder wie das Gesetz sagt, die Rechtsgeschäfte mit Dritten umfaßt und nicht auch gesellschaftsrechtliche Organisationsakte wie z.B. Ausgabe neuer Geschäftsanteile ohne Kapitalerhöhungsbeschluß, Abberufung eines statutarischen Gesellschaftsorgans etc., braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden.

3) Zum Streit, ob die GmbH, wie überhaupt die juristische Person Prozeßfähigkeit besitzt, vgl. Hach.-Schilling, § 35 Anm 4 mit weiteren Literaturnachweisen.

4) Das gilt selbst für die Lehre vom Durchgriff bei der juristischen Person, die im Einzelfall den Gesellschafter persönlich haften läßt, wenn sich die Berufung auf die alleinige Verpflichtung der GmbH als Mißbrauch des Rechtsinstituts der juristischen Person darstellen würde. Zur Lehre vom Durchgriff wird im übrigen auf Enneccerus-Nipperdey, § 103 III mit weiteren Nachweisen und die dort angegebenen Beispiele aus der Rechtsprechung verwiesen.

Neben der Vertretung obliegt dem Geschäftsführer die Geschäftsführung. Sie umfaßt die gesamte Tätigkeit, die erforderlich ist, um einen geordneten Geschäftsbetrieb zu gewährleisten. Die Gesellschaft kann zwar die Geschäftsführung auch anderen Organen der GmbH übertragen. Das geht aber nicht soweit, daß die Geschäftsführung auch in den Fällen entzogen werden könnte, in denen das Gesetz die Erfüllung einer öffentlichen Pflicht in zwingender Weise dem Geschäftsführer auferlegt, z.B. die Sorge für die Buchführung (§ 41 GmbHG), die Einreichung der Listen (§ 40 GmbHG), die Beantragung des Konkurses (§ 64 GmbHG) usw. In diesen Fällen der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Geschäftsführers kann die Satzung die zur Erfüllung dieser Pflichten erforderliche Stellung nie entziehen.¹⁾

Wenn auch durch die Satzung und zusätzlich durch eine Geschäftsverteilung, durch allgemeine Instruktionen für die Geschäftsführung und durch Anweisungen für den Einzelfall das Recht der Geschäftsführung weitgehend eingeschränkt werden kann, so ist für den Normalfall trotzdem von der gesetzlichen Regelung auszugehen, die dem Geschäftsführer allein die Geschäftsführung überträgt - die Fälle der Mitwirkung anderer Organe bei der Geschäftsführung können hier außer Acht gelassen werden. Ohne entsprechende Befugnis im Gesellschaftsvertrag oder in dem für den Geschäftsführer maßgebenden Anstellungs- bzw. Geschäftsführervertrag²⁾ können weder die Gesellschafterversammlung, noch der Aufsichtsrat die im Amt des Geschäftsführers liegenden Befugnisse beeinträchtigen oder schmälern.³⁾

1) Hach.-Schilling, § 35 Anm 34. Der Pflicht korrespondiert bei Verletzung die zivilrechtliche (§ 43, § 64 Abs 2 GmbHG) und strafrechtliche (§ 33, § 84 Abs 1 GmbHG) Haftung.

2) Zum Streit, ob Bestellung und Anstellung zu unterscheiden oder von einem einheitlichen Geschäftsführer-Vertrag auszugehen sei, vgl. unten Abschnitt J I 1.

3) Zu den Einzelheiten vgl. Scholz-Hefermehl, § 37 Anm 4 Abs 4 mit weiteren Nachweisen vor allem zum Fall, daß Satzung u. Anstellungsvertrag differieren. In diesem Fall erklärt Scholz-Hefermehl den Anstellungsvertrag für maßgebend; abweichend Hach.-Schilling, § 37 Anm 3 a.

Mit der Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH wird dem Geschäftsführer Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis verliehen. Sie gewähren dem Geschäftsführer eine Machtbefugnis, die die Frage nach dem Schutz der Gesellschaft und der daran beteiligten Gesellschafter vor unfähigen oder böswilligen Geschäftsführern unmittelbar aufwirft. Man braucht nur an den gar nicht so seltenen Fall zu denken, daß ein auf Lebenszeit bestellter, außerordentlich befähigter Geschäftsführer - altersmäßig bedingt - plötzlich geisteskrank wird oder daß ein Geschäftsführer seine Geschäftsführerstellung zum Nachteil der Gesellschaft mißbraucht, was im Hinblick auf die Wirksamkeit seiner Willenserklärungen noch viel gefährlicher ist. Das Schutzbedürfnis wird durch die Haftung der GmbH für tatsächliche Handlungen und Unterlassungen des Geschäftsführers, die er in seiner Eigenschaft als Organ vornimmt, in Analogie zu § 31 BGB ¹⁾ noch erhöht. Die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH setzt daher notwendig ein Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern der GmbH und dem Geschäftsführer voraus. Die Gesellschafter haben ihre Einlagen in das Vermögen der GmbH geleistet und, soweit der Zweck der GmbH der Betrieb eines Handelsgewerbes ist, sind die Gesellschafter nicht nur an einer Gewinnerwirtschaftung interessiert, sondern darüber hinaus soll das Vermögen der GmbH erhalten und durch stille oder offene Reserven der Wert jedes Geschäftsanteils gesteigert werden. Mit der Berufung des Geschäftsführers legen die Gesellschafter nicht nur die Geschicke der GmbH in die Hand des Geschäftsführers, sondern sie vertrauen dem Geschäftsführer auch ihren Geschäftsanteil an. Bei einer erfolgreichen Geschäftsführung wird der Wert dieses Anteils und die jährliche Gewinnausschüttung steigen, bei einer verlustreichen Geschäftspolitik

1) RGZ 91, 72 (75); Bb-Hueck, § 35 Anm 3; Scholz-Hefermehl, § 35 Anm 8; Hach,-Schilling, allgemeine Einleitung, Anm 3.

kann der Wert des Geschäftsanteils sehr schnell vernichtet sein. Die wirtschaftlichen Auswirkungen treffen in jedem Fall die Gesellschafter. Diesem Schicksal kann ein Gesellschafter in den seltensten Fällen durch den Verkauf des Geschäftsanteils entgehen. Bevor der Gesellschafter merkt, daß die Geschäftspolitik in den Abgrund steuert, sind die Verkaufsmöglichkeiten bereits beschränkt, der Verkauf des Geschäftsanteils ist oft nur noch ein Verlustgeschäft.

Die Bindung des Geschäftsführers an das Statut, an seine Pflichten aus dem Anstellungsvertrag und an die Weisungen der Gesellschafterversammlung beseitigt die Haftung der GmbH gegenüber Dritten nicht - vom Fall der Kollusion¹⁾ abgesehen. Die GmbH wird aus dem Handeln des Geschäftsführers berechtigt und verpflichtet. Aus ihrem Vermögen müssen die Verbindlichkeiten erfüllt werden. Ob sich bei Pflichtwidrigkeiten des Geschäftsführers Regreßansprüche gegen ihn realisieren lassen, hängt weitgehend von seiner Vermögenslage ab. Wo kein Vermögen ist, kann auch nicht vollstreckt werden.

Zum Schutz der GmbH und letztlich der Gesellschafter, die wirtschaftlich die Träger der GmbH sind, ist im Gesetz die Möglichkeit vorgesehen, bei gestörter Vertrauensgrundlage zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführer den Geschäftsführer von der Vertretung

1) RGZ 9, 148 (149); 22, 70 (75); 71, 219 (222); 102, 197 (200); und statt vieler: Scholz-Hefermehl § 37 Anm 5.

und von der Geschäftsführung abzuberufen.¹⁾
Aufgabe dieser Darstellung ist es, im folgenden die materiellen und die formellen Voraussetzungen einer wirksamen Abberufung des Geschäftsführers einer GmbH von der Geschäftsführung und von der Vertretung darzulegen.

1) Entwurf I S. 88 leitet das Abberufungsrecht des § 38 GmbHG aus der Abhängigkeit des Geschäftsführers hinsichtlich des Umfangs und der Ausübung seiner Funktionen von dem Willen der Gesellschaft, d.h. der Gesellschafterversammlung ab. Daraus folgt m.E. keineswegs zwingend die Notwendigkeit eines Abberufungsrechts. Die Notwendigkeit ergibt sich vielmehr allein aus der unbeschränkbaren Vertretungsmacht und aus der teilweise nicht entziehbaren Geschäftsführungsbefugnis, die die Abberufungsmöglichkeit für den Fall des Mißbrauchs oder der Zerstörung der Vertrauensgrundlage gleichsam als Gegengewicht zur Machtbefugnis erfordert.

Im gleichen Sinne äußert sich auch Spoyerlein, S. 104.

1. Hauptteil:

Die materiellen Voraussetzungen der wirksamen Abberufung eines Geschäftsführers der GmbH von der Vertretung und der Geschäftsführung.

B Begriffsbestimmungen

Um Mißverständnisse auszuschließen, ist es zunächst erforderlich, sich über das Begriffspaar Geschäftsführung und Vertretung Klarheit zu verschaffen. Aus der Verwendung der Begriffe im Gesetz und im Schrifttum (unten I) wird der Begriffsinhalt zu bestimmen (unten II), vor allem aber die Frage zu klären sein, ob der Geschäftsführer einer GmbH gesondert von der Geschäftsführung oder von der Vertretung abberufen werden kann, oder ob eine Abberufung nach § 38 GmbHG notwendig eine Abberufung von der Geschäftsführung und von der Vertretung darstellt (unten III). Zum besseren Verständnis kann auf eine vergleichende Betrachtung der gesetzlichen Regelungen bei anderen Gesellschaften nicht verzichtet werden.

I. Die Begriffe Geschäftsführung und Vertretung im Gesetz und im Schrifttum.

Im Recht der Personengesellschaften unterscheidet das Gesetz streng zwischen Geschäftsführung und Vertretung.¹⁾

1) Geschäftsführung der BGB-Gesellschaft §§ 709 - 713 BGB; der oHG §§ 114 - 117 HGB; Vertretung der BGB-Gesellschaft § 714 BGB, der oHG §§ 125 - 127 HGB.

Erwerb, Ausschluß und Entziehung von Vertretung und von Geschäftsführung werden unabhängig voneinander, wenn auch teilweise gleichlautend, geregelt.

Im Bereich der Kapitalgesellschaften hat der Gesetzgeber die Stellung des Geschäftsführers einer GmbH und damit auch Vertretung und Geschäftsführung "für den Regelfall in Übereinstimmung mit den Grundsätzen geordnet, welche für den Vorstand der AG und der eingetragenen Genossenschaft gelten." ¹⁾ Bei einem Vergleich der einschlägigen Vorschriften ²⁾ fällt die teils wörtliche Übereinstimmung sofort auf. Der Gesetzgeber hat in diesen Bestimmungen ausführlich nur die Vertretung geregelt. Für die Geschäftsführung fehlt jede gesetzliche Regelung, soweit nicht ausnahmsweise bestimmte öffentlich-rechtliche Pflichten dem zur Geschäftsführung berufenen Organ zwingend auferlegt werden. Eine gesetzliche Definition der Begriffe fehlt aber im Recht der Kapitalgesellschaften in gleicher Weise wie im Recht der Personengesellschaften.

Das Schrifttum zum Gesellschaftsrecht unterscheidet streng die Geschäftsführung von der Vertretung. Während aber im Schrifttum zum Recht der Personengesellschaften die Begriffe Geschäftsführung und Vertretung gleichberechtigt nebeneinander stehen ³⁾, wohl in Anlehnung an die gesetzliche Gleichbehandlung, wird im Schrifttum

1) Entwurf I S. 87

2) Für den Vorstand der AG: §§ 76 - 83 AktG 1965 (§§ 70 - 75 AktG 1937); für den Geschäftsführer der GmbH §§ 35 - 38 GmbHG; für den Vorstand der eingetragenen Genossenschaft §§ 24 - 29 GenSchG.

3) Palandt, Anm 4 vor § 709; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 34; Weipert in RGRK zum HGB, § 114 Anm 2; Schlegelberger-Geßler, § 114 Rd.Nr.2; Gierke, Handelsrecht, S. 197; Bb-Duden, § 114 Anm 1 B.

zum Recht der GmbH teils diese Unterscheidung übernommen¹⁾ und die Begriffe Geschäftsführung und Vertretung werden als rechtliche Grundbegriffe für das gesamte Gesellschaftsrecht herausgestellt, teils wird der Begriff der Geschäftsführung als Oberbegriff²⁾ betont. Schilling³⁾ verwendet statt des Begriffs Vertretung "Geschäftsführung nach außen" und statt des Begriffs Geschäftsführung "Geschäftsführung nach innen."

Diese Terminologie verdient an sich den Vorzug, weil sie die Organstellung⁴⁾ des Geschäftsführers im Sinne der Organtheorie betont, während der Begriff Vertretung inhaltlich und sprachlich immer an den Vertreter im Sinne der §§ 164 ff BGB erinnert. Die Bezeichnung der Handlungsmacht des Geschäftsführers aus seiner Organstellung mit Geschäftsführung und Vertretung ist aber unschädlich, wenn man sich dabei vergegenwärtigt, daß der Geschäftsführer einer GmbH niemals Vertreter im

1) Bb-Hueck, GmbHG, Überblick vor § 35 Anm 2;

Vogel, § 35 Bem 1; Brodmann, zum AktG, § 35 Anm 1 a und § 37 Anm 1 a; Wilke in Handbuch der GmbH, S.70 ff.

2) Hach.-Schilling, Einleitung zu § 35 GmbHG; wohl auch Scholz-Hefermehl, § 35 Anm 3 und Anm 24 GmbHG.

3) Hach.-Schilling zu § 39 Anm 34.

4) Zum Streit der Organtheorie gegenüber der Vertretertheorie siehe Enneccerus-Nipperdey, § 103 III; Gierke, Genossenschaftstheorie, S.603 ff; Staudinger-Coing, Einleitung § 21 Anm 20; § 26 Anm 10; De lege lata ist der Geschäftsführer Organ, vgl. § 31 BGB.

Sinne der §§ 164 ff BGB¹⁾ ist. Es soll deshalb im folgenden die übliche und eingebürgerte Unterscheidung zwischen Vertretung und Geschäftsführung beibehalten werden, da Mißverständnisse aus dieser Terminologie nicht zu befürchten sind.

II. Der Begriffsinhalt von Geschäftsführung und Vertretung und ihr Verhältnis zueinander.

Logisch betrachtet ist der Begriff der Geschäftsführung im Sinne Schillings der Oberbegriff. Geschäftsführung in diesem Sinne ist das gesamte Handeln des Organs Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als Organ der GmbH (Organtheorie). Die GmbH als juristische Person kann als Handlungssubjekt nicht in Erscheinung treten ohne Handlungsorgane. Handlungsorgan im Rechtsverkehr mit Dritten ist allein der Geschäftsführer. Sein Handeln als Organ ist Handeln der GmbH, und es ist Führung der Geschäfte der GmbH, weil die Gesellschaft ohne den Geschäftsführer im Rechtsverkehr nicht als selbständig handelndes Rechts-, Willens- und Handlungssubjekt auftreten kann.

Die Handlungsmacht des Organs Geschäftsführer umfaßt aber nicht nur das Handeln im Rechtsverkehr gegenüber Dritten, durch das die GmbH wegen der nach außen unbeschränkten und unbeschränkbar Vertretungsmacht berechtigt und verpflichtet wird und das man dann üblicherweise als Vertretung bezeichnet, sondern auch das gesamte Handeln des Organs "Geschäftsführer"

1) So ausdrücklich Hach,-Schilling, Einleitung zu § 35 GmbHG.

nach innen zur Erreichung des Gesellschaftszwecks, also jedes verfassungsmäßige Handeln¹⁾ des Geschäftsführers gegenüber der GmbH, einem anderen Organ der GmbH oder einem Gesellschafter, obwohl es keine Außenwirkungen erzeugt. Dieses Handeln nach innen bezeichnet man üblicherweise als Geschäftsführung. Das Recht zur Geschäftsführung ist nicht wie bei der oHG auf die Handlungen beschränkt, "die der gewöhnliche Handelsbetrieb mit sich bringt", auch nicht auf alle Handlungen zur Erreichung des Gesellschaftszwecks, wie bei der BGB-Gesellschaft²⁾, sondern umfaßt jedes Handeln des Organs.³⁾ Aus dieser Definition ergibt sich gleichzeitig die der Geschäftsführung immanente Grenze: Der Kernbereich der Gesellschaft: Gesellschafterrechte und Gesellschafterpflichten können vom Organ "Geschäftsführer" weder begründet, verändert noch aufgehoben werden.⁴⁾

1) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 612

2) Palandt, Vorbem 2 vor § 709.
Der Umfang der Geschäftsführung ist nur auf die Handlungen beschränkt, die im Rahmen des Gesellschaftszwecks liegen. Denn die BGB-Gesellschaft kennt im Gegensatz zur oHG keinen Betrieb. Es gehören deshalb auch Handlungen ungewöhnlicher Art zur Geschäftsführung, soweit sie nicht Gesellschaftszweckfremd sind.

3) Vgl. oben S. 4; RGZ 115, 246 (249); Bb-Hueck, § 37 Anm 1; Scholz-Hefermehl § 37 Anm 5; Hach.-Schilling, § 37 Anm 7; Brodmann, GmbHG, § 36 Anm 2 a.

4) RGZ 115, 246 (249); Scholz-Hefermehl § 37 Anm 4; Hach.-Schilling, § 37 Anm 2; Bb-Hueck, GmbHG § 37, Anm 2 A.

Rechtlich ist streng zwischen Geschäftsführung und Vertretung zu unterscheiden. Tatsächlich können die Handlungen des Geschäftsführers gleichzeitig ein Akt der Vertretung wie der Geschäftsführung sein. Das gilt notwendig für alle Handlungen des Geschäftsführers im Rahmen der Vertretung der GmbH. Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gibt Auskunft darüber, ob aus einer Handlung nach außen die GmbH berechtigt und verpflichtet wird, die Geschäftsführungsbefugnis gibt Auskunft darüber, ob die Gesellschaft im Innenverhältnis diese Handlung gegen sich gelten lassen muß, oder ob sie bei Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis durch den Geschäftsführer gegen diesen Regreßansprüche geltend machen kann.¹⁾ Vertretung und Geschäftsführung brauchen sich aber nicht zu decken. Es gibt Akte der Geschäftsführung, die nur im Innenverhältnis wirken, wie z.B. Buchführung oder die Anleitung und Überwachung von Angestellten und Arbeitern. Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß mit Vertretung notwendig Geschäftsführung verbunden ist, aber nicht umgekehrt.

1) Bb-Hueck, Anm 2 vor § 35 GmbHG: Die Geschäftsführungsbefugnis betrifft im Innenverhältnis die Frage der Verantwortlichkeit.

III. Das Problem der Einheitlichkeit oder Teilbarkeit der Abberufungsmöglichkeit hinsichtlich Geschäftsführung und Vertretung.

Im Recht der Personengesellschaften kann entsprechend der getrennten gesetzlichen Regelung der Geschäftsführung und der Vertretung ein Gesellschafter sowohl von der Geschäftsführung als auch von der Vertretung durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen sein.¹⁾ Die Möglichkeit, bestimmte Gesellschafter von vornherein von der Geschäftsführung oder der Vertretung auszuschließen, ist gleichsam ein Ausgleich zum Prinzip der Selbstorganschaft, nach der grundsätzlich jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung berufen ist, und zum Prinzip der persönlichen und unbeschränkbaren Haftung für Gesellschaftsschulden.²⁾ Wer von der Vertretung ausgeschlossen ist, dem kann logischerweise nur seine Geschäftsführungsbefugnis, wer nur zur Vertretung berufen ist, dem kann nur die Vertretungsmacht entzogen werden.

Dem BGB-Gesellschafter, der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht besitzt, können Geschäftsführung und Vertretung nur einheitlich entzogen werden (§ 715 2. Halbsatz BGB). Diese gesetzliche Folgerung beruht auf der Auslegungsbestimmung des § 714 BGB, nach der der zur Geschäftsführung berufene Gesellschafter auch Vertretungsmacht besitzt. Zu beachten ist bei der

1) Ausschluß von der Geschäftsführung: § 710 BGB, § 114 Abs 2 HGB; Ausschluß von der Vertretung: § 715 BGB, § 125 Abs 1 HGB; der Ausschluß des Kommanditisten von der Geschäftsführung (§ 164 HGB) und Vertretung (§ 170 HGB) kann hier außer Betracht bleiben.

2) Das ist wohl der Hauptgrund für die abweichende Regelung beim Kommanditisten, der zwar als Prokurist die Geschäfte mitbestimmen kann, von der organschaftlichen Vertretung aber ausgeschlossen ist.

BGB-Gesellschaft, daß die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht nach §§ 712 und 715 BGB nur dann entzogen werden können, wenn sie einem Gesellschafters vertraglich¹⁾ übertragen wurden, nicht aber im Falle des § 709 BGB, wenn im Gesellschaftsvertrag über die Geschäftsführung und die Vertretung keine Bestimmungen getroffen wurden und deshalb sie allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehen. § 712 BGB entspricht insoweit der Fassung des Art 101 ADHGB.

Anders ist die Regelung des HGB. Obwohl es gleichzeitig mit dem BGB entstanden ist, hat es die Formulierung des Art 101 ADHGB für die oHG nicht übernommen. Die Abberufung des Gesellschafters der oHG unterliegt deshalb diesen Beschränkungen nicht. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht können dem Gesellschafters der oHG unabhängig voneinander²⁾ und gemeinschaftlich entzogen werden, gleichgültig, ob sie auf Vertrag oder Gesetz beruhen.³⁾

Das Recht der Kapitalgesellschaften ist dagegen schon in seinen Grundlagen anders strukturiert. Der Gesellschafters haftet nicht persönlich für Gesellschaftsschulden. Außerdem gilt das Prinzip der Drittorganschaft; die Gesellschafters der GmbH sind grundsätzlich nicht zur Geschäftsführung und Vertretung

1) Weipert, RGRK zum HGB, § 117 Anm 2; RGRK zum BGB, § 712 Anm 1; Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm 1

2) Die Vermutung des § 714 BGB gilt nicht im Recht der oHG. Vgl. Weipert, RGRK zum HGB, § 114 Anm 2

3) Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm 2 Abs 2; Weipert, RGRK zum HGB, § 117 Anm 2

berufen, wenn sie nicht ausdrücklich zum Geschäftsführer bestellt werden. Vertretungsmacht und Geschäftsführung werden mit der Bestellung zum Geschäftsführer verliehen und fließen nicht bereits aus der Mitgliedschaft. Das Sonderrecht zur Geschäftsführung, das einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag verliehen werden kann, setzt diesen Grundsatz nicht außer Kraft, sondern kennzeichnet nur den Sachverhalt, daß eine GmbH sehr weit der oHG angenähert werden kann. Es fehlen im Recht der Kapitalgesellschaften eine gesetzlich getrennte Regelung der Geschäftsführung und der Vertretung und getrennte Bestimmungen für die Entziehung von Geschäftsführung und Vertretung. Das Gesetz kennt nur die Abberufung des Geschäftsführers. Damit ist aber die für den Begriffsinhalt von Geschäftsführung und Vertretung bedeutsame und eingangs gestellte Frage noch nicht beantwortet, ob ein Geschäftsführer einer GmbH nur zur Geschäftsführung oder nur zur Vertretung berufen werden kann und ob die Abberufung des Geschäftsführers notwendig die Abberufung von der Geschäftsführung und von der Vertretung beinhaltet oder ob eine Abberufung nur von der Geschäftsführung oder nur von der Vertretung zulässig ist. Diese Frage muß nach den Darlegungen zum Verhältnis von Geschäftsführung und Vertretung dahingehend präzisiert werden, ob es mit dem Amt des Geschäftsführers vereinbar ist, seine Handlungsmacht von vornherein oder nachträglich entweder nur auf die Vertretung als Handeln für die GmbH nach außen oder nur auf die Geschäftsführung als Handeln nach innen zu beschränken; denn die Akte der Vertretung sind gleichzeitig Akte der Geschäftsführung.

Die Beschränkung der Vertretungsmacht eines Geschäftsführers ist Dritten gegenüber unwirksam.

Der Ausschluß eines Geschäftsführers von der Vertretungsmacht kann deshalb nie bedeuten, daß abgeschlossene Rechtsgeschäfte mit Dritten unwirksam werden, vielmehr behalten diese Rechtsgeschäfte ihre Wirksamkeit.¹⁾ Die Frage der Haftung des Geschäftsführers im Verhältnis zur GmbH kann hier außer Betracht bleiben.

Die Vertretungsmacht allein kann einem Geschäftsführer dann nicht entzogen werden, wenn nur ein Geschäftsführer bestellt oder wenn bei mehreren Geschäftsführern über die Vertretung keine Satzungsbestimmung getroffen ist; denn dann gilt Gesamtvertretung. Der Grund liegt darin, daß sonst die GmbH kein Vertretungsorgan besäße und das Gesetz insoweit zwingend ist, als Vertretungsorgan²⁾ entweder der oder die Geschäftsführer in ihrer Gesamtheit sind. Da bei der Gesamtvertretung alle Geschäftsführer gemeinschaftlich vertreten, muß notwendig jeder einzelne Geschäftsführer bei jedem Vertretungsakt³⁾ mitwirken.

1) Ob § 37 Anm 2 GmbHG hier direkt oder analog anzuwenden ist, kann zweifelhaft sein. Nach dem Wortlaut umfaßt dieser Paragraph nur Beschränkungen der Vertretungsmacht, aber nicht den vollständigen Ausschluß. Wenn der vollständige Ausschluß von der Vertretung zulässig ist, kann eine extensive Auslegung des § 37 Abs 2 GmbHG dazu kommen, daß der Wortlaut zu eng ist und deshalb auch diesen Fall umfaßt. Dann ist für eine analoge Anwendung kein Raum. § 37 Abs 2 GmbHG gilt direkt.

2) Liebmann, § 37 Anm 1; Feine in Ehrenburg S. 486: Der Geschäftsführer ist ausschließlich Vertretungsorgan; Eb-Hueck vor § 35 Anm 1 a; Brodmann, GmbHG, § 35 Anm 1 a; Hach.-Schilling, § 35 Anm 1; Scholz-Hefermehl, § 35 Anm 5.

3) Von der Sonderregelung der Ermächtigung eines Geschäftsführers zur Vertretung für ein bestimmtes oder eine bestimmte Art von Geschäften kann hier abgesehen werden, weil der Geschäftsführer mindestens bei der Ermächtigung mitwirken muß; vgl. weiter unten die Literaturangaben in der Fußnote 2 zu S. 23 des Textes.

Praktisch wird diese Frage daher nicht in dem Fall, daß bei mehreren Geschäftsführern im Gesellschaftsvertrag eine andere Vertretung als Gesamtvertretung vorgesehen ist, so daß die GmbH im Außenverhältnis handeln kann, auch wenn nur ein Geschäftsführer oder einzelne Geschäftsführer mitwirken.

Nach Hueck¹⁾ kann kein Geschäftsführer von der Vertretung gänzlich ausgeschlossen werden, weil ihm sonst die Geschäftsführereigenschaft genommen würde. Brodmann²⁾ lehnt den gänzlichen Ausschluß von der Vertretung mit der Begründung ab, daß damit der Leistung des Geschäftsführers ein ganz anderer Inhalt gegeben werde; denn die Leistung eines Angestellten, der auch Geschäftsführung ohne Vertretungsmacht ausüben könne, sei eben nicht die Tätigkeit, zu der der Geschäftsführer verpflichtet sei, nämlich an der Spitze des Unternehmens dieses zu führen. Außerdem müßte man § 38 GmbHG gegen seinen Wortlaut auslegen, der seinem ersten Wortsinn nach ganz deutlich sage, daß die GmbH jederzeit die Bestellung widerrufen könne und nicht, daß dem Geschäftsführer die Vertretungsmacht entzogen werden könne. Schilling³⁾ geht von der Einheit der Geschäftsführung und Vertretung aus und baut darauf seine Lehre vom einheitlichen Geschäftsführervertrag auf. Der Widerruf nehme dem Rechtsverhältnis seinen ganzen Inhalt, da Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht untrennbar seien.

1) Bb-Hueck, GmbHG § 35, Anm 5 A

2) Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 1 a

3) Hach.-Schilling, § 38 Einleitung und Anm 15
unter Hinweis auf das schweizerische Recht;
§ 35 Einleitung und Anm 40 und 44

Wie das angeführte Schrifttum erkennen läßt, geht man vom Wortlaut des § 38 GmbHG aus, in dem vom Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer und nicht vom Widerruf der Vertretungsmacht die Rede ist, wie Brodmann zutreffend ausführt. Vom gesetzlichen Wortlaut her ist es auch gleichgültig, ob man in Übereinstimmung mit der im Recht der GmbH herrschenden Meinung die Bestellung als den gesellschaftsrechtlichen Akt, der die Organstellung verleiht, von der Anstellung, die im Verhältnis Geschäftsführer zur GmbH die Dienstpflichten regelt, unterscheiden will, oder ob man mit Schilling¹⁾ von einem einheitlichen Geschäftsführervertrag ausgehen will, der seiner Rechtsnatur nach als besonderer gesetzlich nicht geregelter körperschaftsrechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist.²⁾

1) Hach.-Schilling zu § 35 Anm 40 mit weiteren Literaturnachweisen aus dem Recht der AG

2) Zu dieser Streitfrage wird unten im Abschnitt J I 1 Stellung genommen.

Der Bestellungsakt, der sowohl Vertretungsmacht als auch Geschäftsführungsbefugnis verleiht, kann widerrufen werden. Der Widerruf der Bestellung bedeutet deshalb auch die einheitliche Abberufung des Organs, also von der Geschäftsführung und der Vertretung.

Trotz des eindeutigen gesetzlichen Wortlauts ist aber damit die eingangs gestellte Frage noch nicht erschöpfend beantwortet. Wenn man im Vergleich zum Widerrufsrecht des § 38 GmbHG die ähnlichen Regelungen bei der oHG betrachtet, so wird bei der oHG mit Recht¹⁾ ein nur teilweiser Entzug von Vertretung und Geschäftsführung für zulässig erachtet. Entsprechend könnte man bei der GmbH an einen nur teilweisen Widerruf der Organstellung denken.²⁾ Der teilweise Widerruf würde den Ausschluß eines Geschäftsführers nur von der Vertretung oder nur von der Geschäftsführung im Sinne unserer Fragestellung bedeuten können. Die Zulässigkeit oder die Unzulässigkeit ergibt sich aus dem gesetzlich notwendigen Mindestmaß von Geschäftsführung und Vertretung.

Die Vertretung der GmbH kann abweichend vom gesetzlichen Normalfall einem einzelnen Geschäftsführer übertragen sein, sei es, daß ihm Einzelvertretungsmacht verliehen wurde, oder er tatsächlich Einzelvertretungsmacht besitzt, weil das Organ "Geschäftsführer" nur aus einem Geschäftsführer besteht. Mehrere Geschäftsführer können einem einzelnen von ihnen zur Vornahme

1) Ausführlich begründet in Lukes JR 1960, S. 41 ff "Teilentzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse bei der oHG durch Urteil", mit weiteren Literatur-Nachweisen.

2) Argumentum a maiore ad minus

eines bestimmten oder einer bestimmten Art von Geschäften wirksam ermächtigen. Es können neben den Geschäftsführern gewillkürte Vertreter bestellt werden oder auch Prokuristen zur sogenannten unechten Gesamtvertretung berufen werden. All diese verschiedenen Gestaltungen der Vertretung der GmbH sind darauf zu untersuchen, ob sich aus ihnen Argumente für die Zulässigkeit eines nur teilweisen Widerrufs der Organstellung entnehmen lassen.

Kein Argument läßt sich aus der Möglichkeit, Einzelvertretung statt Gesamtvertretung anzuordnen, entnehmen. Einzel- oder Gesamtvertretung ist eine Frage der Praktikabilität und des Vertrauens der Gesamtheit der Gesellschafter in die Tätigkeit eines Geschäftsführers. Sie gibt keine Antwort zum Mindestinhalt der Vertretung, sondern nur dazu, ob die Verantwortung auf die Schultern eines Einzelnen oder Mehrerer gelegt wird. Das gleiche gilt für die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers. Sie enthält zwar eine gewisse Beschränkung der tatsächlichen Vertretungsmacht des bisherigen Geschäftsführers, berührt aber die Organstellung der übrigen Geschäftsführer nicht. Am augenfälligsten tritt diese Wirkung in Erscheinung, wenn bisher nur ein Geschäftsführer bestellt war. Statt der Entscheidung eines Geschäftsführers bedarf es nun der übereinstimmenden Entscheidung mehrerer Geschäftsführer zur Willensbildung des Organs "Geschäftsführer." Juristisch hat sich an

der Vertretungsmacht nichts geändert; denn das Organ Geschäftsführer hat Vertretungsmacht und nicht das einzelne Mitglied dieses Organs. Das Gesetz trägt dem Rechnung, wenn es bestimmt¹⁾:

"Die Gesellschaft wird durch den Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten."

Die tatsächliche Einzelvertretungsmacht eines Einzelgeschäftsführers ist juristisch betrachtet immer Vertretungsmacht des Organs "Geschäftsführer". Es ist deshalb unrichtig, in der Bestellung eines weiteren Geschäftsführers eine teilweise Entziehung der Vertretungsmacht zu sehen; denn an der Vertretungsmacht des Organs hat sich nichts geändert.²⁾

1) § 35 Abs 1 GmbHG

2) Scholz § 38 Rd.Nr.15 unter Hinweis auf BayObLG JW 28, 666; Vogel § 38 Anm 2; allerdings muß die Satzung die Bestellung weiterer Geschäftsführer vorsehen.

Kein Argument ergibt sich aus der Möglichkeit, daß zur Gesamtvertretung berufene Geschäftsführer einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen können.¹⁾ Diese Regelung bedeutet nur, daß das Organ "Geschäftsführer" einzelnen Mitgliedern dieses Organs Einzelvertretungsmacht, beschränkt auf bestimmte oder unbestimmte Arten von Geschäften, erteilen kann, besagt aber nichts über den Mindestinhalt der Vertretung eines Geschäftsführers.

Kein Argument ergibt sich daraus, daß der Bestellungsakt auch durch gewillkürte Vertreter vorgenommen werden kann, und daß gewillkürte Vertreter auch ermächtigt werden können, die GmbH zu vertreten.

Handlungsbevollmächtigte haben keine organschaftliche Vertretungsmacht. Ihre Vertretungsmacht reicht nie soweit wie die Vertretungsmacht des Organs "Geschäftsführer"²⁾. Über die Mindestbefugnisse jedes einzelnen Mitglieds des Organs "Geschäftsführer" zur Vertretung kann daraus nichts entnommen werden.

Kein Argument liefert auch die Zulässigkeit der sogenannten unechten Gesamtvertretung, die im Anschluß an § 232 Abs 2 a.F. HGB jetzt in Analogie zu § 78 Abs 3 AktG 65³⁾ AktG allgemein anerkannt ist. Diese unechte Gesamtvertretung ist zwar organschaftliche und nicht rechts-

1) In Analogie zu § 125 Abs 2 Satz 2 HGB, § 78 Abs 4 Satz 1 AktG; Hach.-Schilling, § 35 Anm 13-17; das ist unbestritten; ob in Form einer Vollmacht oder durch organschaftliche Handlung innerhalb der Geschäftsführung, kann hier dahingestellt bleiben.

2) Scholz-Hefermehl, § 35 Anm 4; Bb-Hueck, GmbHG, § 35 Anm 4 B.

3) Früher: § 71 Abs 3 AktG 1937

geschäftliche Vertretungsbefugnis¹⁾, deren Umfang sich nach der Vertretungsmacht des Geschäftsführers²⁾ und nicht des Prokuristen richtet. Sie ist aber wie die echte Gesamtvertretung volle Vertretung³⁾, die auf mehreren Schultern ruht. Auch die unechte Gesamtvertretung ist eine Art der Gesamtvertretung. Ihre Grenzen bestimmen sich ebenfalls nach der insoweit zwingenden Bestimmung des § 35 Abs 2 GmbHG. So kann insbesondere nicht angeordnet werden, daß ein alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen⁴⁾ vertreten kann oder daß von mehreren gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern jeder nur zusammen mit einem Prokuristen vertreten kann⁵⁾.

Wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat, kennt das Gesetz keine inhaltlich unterschiedliche Gestaltung der Vertretungsmacht eines einzelnen Geschäftsführers. Alle diese Sonderbestimmungen bieten also nur die Möglichkeit, die Kollektivvertretungsmacht durch Erweiterung bis zur Einzelvertretung zu ersetzen.

1) Hach.-Schilling, § 35 Anm 22; Brodmann, GmbHG, § 35 Anm 2 a

2) RGZ 134, 303 (306)

3) Hach.-Schilling, § 35 GmbHG, Anm 25

4) Scholz-Hefermehl, § 35 Anm 22; Hach.-Schilling, § 35 Anm 23; Bb-Hueck, § 35 Anm 6 B

5) Hach.-Schilling, § 35 Anm 23

Sie verbieten aber zwingend, die Vertretungsmacht eines Geschäftsführers unter den gesetzlichen Rahmen der Kollektivvertretung herabzudrücken. Sie sprechen deshalb nicht für, sondern gegen die Zulässigkeit des vollständigen Ausschlusses eines Geschäftsführers von der Vertretung.

Gegen die Zulässigkeit eines nur teilweisen Widerrufs der Organstellung spricht, daß die Erteilung einer Generalvollmacht¹⁾ unzulässig und nichtig ist, insbesondere daß eine Generalvollmacht in dem Sinne unzulässig ist, daß damit die volle organschaftliche Vertretungsmacht auf einen Dritten oder einen Mitgeschäftsführer übertragen wird.²⁾

1) RGZ 86, 262 (265); RG JW 1912, 527; BGHZ 34, 27 (30 ff); dazu zustimmend Fischer in Lindenmaier-Möhring Nr.3 zu § 35 GmbHG; Hach.-Schilling, § 35 Anm 7; Ripfel in GmbHRdSch 53, 181; Kuttner, DR 42, 1488; Eder in GmbHRdSch 62, 225; Feine in Ehrenburg S. 490 hält jedenfalls die Unwiderruflichkeit der Generalvollmacht für unzulässig. Ebenso Scholz-Hefermehl, § 35 Anm 24.

Eine Generalvollmacht für zulässig halten: Brodmann, GmbHG, § 36 Anm 3; Vogel, § 35 Anm 8; Patschkovsky, DR 43, 603 ff (607); Spitzbarth BB 62, 233 ff im Anschluß an BGH, BB 62, 233 ff, wo der BGH ausspricht, daß die Erteilung einer umfassenden Vollmacht, die noch über den gesetzlichen Umfang der Prokura hinausgeht, der Personengesellschaft ebenso wenig verwehrt ist, wie einer natürlichen oder juristischen Person.

2) BGHZ 13, 61 ff (65); BGH WM 1960, 1227; BGHZ 34, 27 (30 ff); auch BGH GmbHRdSch 1960, 185.

Die organschaftliche Vertretungsmacht kann von der Organstellung nicht auf diese Weise abgespalten werden. Aber selbst wenn daneben das Organ zur Vertretung berufen bliebe, wäre eine solche Generalvollmacht unzulässig, da sie die zwingende gesetzliche Regel beseitigen würde, daß nur das Vertretungsorgan organschaftliche Vertretungsmacht besitzen kann.¹⁾ Das ist auch aus Gründen des Schutzes des Rechtsverkehrs unbedingt erforderlich. Bei einer solchen Generalvollmacht auf einen Mitgeschäftsführer würde vor allem auch der ~~gesetzliche~~ Grundsatz der Kollektivvertretung, der zum Schutz der Gesellschafter vor den Geschäftsführern im Gesetz verankert ist,²⁾ in gesetzlich unzulässiger Weise umgangen und damit der Rahmen der sonderrechtlichen Ermächtigung (§ 125 Abs 2 Satz 2 HGB, § 78 Abs 3 AktG 1965³⁾ bei weitem überschritten werden. Die Generalvollmacht auf einen Dritten im Sinne einer Übertragung organschaftlicher Vertretungsmacht scheitert primär an den Schutzbestimmungen im Interesse des Rechtsverkehrs. Der Geschäftsführer muß ins Handelsregister eingetragen werden (§§ 10 Abs 1, 39 GmbHG). Der Rechtsverkehr muß aus Gründen der Rechtssicherheit nachprüfen können, wer Vertretungsorgan der GmbH ist. Bei Zulässigkeit einer Generalvollmacht im Sinne der Übertragung organschaftlicher Vertretungsmacht wäre im Rechtsverkehr nicht mehr nachprüfbar, ob der Vertragspartner auch tatsächlich organschaftliche Vertretungsmacht besitzt oder nicht.

1) Einhellige Meinung, vgl. Rechtsprechung und Schrifttum der beiden vorgenannten Anmerkungen, auch soweit sie sonst die Zulässigkeit einer Generalvollmacht bestreiten.

2) Insbesondere BGHZ 34, 27 ff (30 ff), Scholz-Hefermehl, § 35 Anm 19.

3) früher: § 71 Abs 3 AktG 1937

Es ist deshalb daran festzuhalten, daß eine Generalvollmacht im Sinne der Verleihung organschaftlicher Vertretungsmacht unzulässig ist. Für unsere Frage kann es dahingestellt bleiben, ob eine Generalvollmacht in dem Sinne erteilt werden kann, daß der Bevollmächtigte zwar die tatsächliche, aber nicht die rechtliche Stellung¹⁾ des Organs Geschäftsführer erhält, weil in diesem Fall die organschaftliche Vertretungsmacht nicht berührt wird. Selbst wenn man eine derartige Generalvollmacht für zulässig erachtet, so bleibt diese doch gewillkürte Vertretungsmacht, die nie dazu führen kann, daß die GmbH kein Vertretungsorgan mehr besitzt. Selbst die Ansicht, die eine Generalvollmacht in diesem Sinne für zulässig erachtet, geht von der Voraussetzung aus, daß die GmbH trotz eines Generalbevollmächtigten immer einen Geschäftsführer besitzen muß.²⁾ Daraus muß man den Schluß ziehen, daß auch nach dieser Meinung organschaftliche Vertretungsmacht nur der Geschäftsführer hat und dementsprechend eine Trennung der Vertretung vom Amt des Geschäftsführers mit der organschaftlichen Stellung nicht vereinbar ist. Die gleiche Auffassung von der organschaftlichen Stellung des Geschäftsführers ergibt sich aus der Gegenauffassung, die eine Generalvollmacht gerade mit dem Argument als unzulässig ablehnt, daß eine Generalvollmacht tatsächlich die Übertragung der organschaftlichen Vertretungsmacht darstellt.

1) So Brodmann, GmbHG, § 36 Anm 3

2) Spitzbarth, "Die rechtliche Stellung des Generalbevollmächtigten", BB 1962, S. 851 ff (854); Scholz-Hefermehl, § 35 Anm 24.

Die Unzulässigkeit der Berufung eines Geschäftsführers nur zur Geschäftsführung (nach innen) oder die Abberufung nur von der Vertretung (nach außen) ergibt sich weiter aus den gesetzlichen Vorschriften, in denen das Gesetz zwingend ein Handeln sämtlicher Geschäftsführer vorschreibt, wie im Falle der Anmeldung der Gründung einer GmbH (§ 7 Abs 1 GmbHG), der Errichtung einer Zweigniederlassung (§ 12 Abs 1 GmbHG), einer Kapitalerhöhung (§ 57 Abs 1 GmbHG) und der Kapitalherabsetzung (§ 58 Abs 1 Ziff 3 GmbHG).

In diesen Fällen müssen sämtliche Geschäftsführer mitwirken, auch die stellvertretenden Geschäftsführer. Die Anmeldung ist ein Akt der Vertretung, nämlich die Abgabe der Anmeldungserklärung gegenüber dem Registergericht. Zwar kann sich ein Geschäftsführer vertreten lassen¹⁾, die Vollmacht dazu kann aber der Geschäftsführer nur als Einzelvollmacht durch persönliche Erklärung vor Gericht oder durch öffentlich beglaubigte Urkunde erteilen (§ 12 HGB). Wenn sich der Geschäftsführer vertreten lassen will, so ist die erforderliche Vollmachtserteilung notwendig ein Akt der Vertretung. Von der erforderlichen Mitwirkung ist er deshalb auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Erklärung vor der Behörde durch einen Vertreter abgegeben wird, der seine Vertretungsmacht zumindest durch öffentlich beglaubigte Vollmachtserteilung nachweisen muß.

Die Unzulässigkeit ergibt sich aber vor allem daraus, daß der Grund, der zur gesetzlichen Regelung in den §§ 117, 127 HGB geführt hat, bei der GmbH nicht besteht.

1) Vogel, GmbHG, § 78 Anm 2, § 7 Anm 1; Bb-Hueck, GmbHG, § 78 Anm 2 d; a.A.: Brodmann, GmbHG, § 7 Anm 3; Scholz-Hefermehl, § 78 RdNr.7; Liebmann-Saenger, § 7 Anm 2 mit gewichtigen Gründen. Auf die Einzelheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden, weil gerade die Verneinung der Vertretung unsere Auffassung unterstützt.

Die oHG ist als personenbezogenes Dauerrechtsverhältnis in ihrem Bestand vom gegenseitigen Vertrauen der Gesellschafter abhängig. Sie kann deshalb selbstverständlich vertraglich aufgelöst oder zu einem vorzeitigen Termin einseitig gekündigt werden. Daneben kann sie bei Vorliegen einer schweren Vertrauensstörung jederzeit durch Gerichtsentscheid aufgehoben werden (§ 113 i.V. mit § 131 Ziff 6 HGB). Die Auflösung zerstört aber notwendig die oHG. Der Geschäftswert geht verloren. Aber auch die statt der Auflösung vorgesehene Ausschließung des Störenfrieds (§ 140 HGB) führt vielfach zur Zerstörung des Geschäftswertes, weil die oHG mit einer Abfindungsverbindlichkeit belastet wird. Sinn und Zweck der §§ 117, 127 HGB ist ein billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen. Sie sollen dem Störenfried weiterhin ermöglichen, in der oHG zu verbleiben. Er muß dafür eine Beschneidung seiner Befugnisse in Kauf nehmen, braucht sich aber für sein Vermögen kein neues Anlageobjekt zu suchen. Die übrigen Gesellschafter müssen den Verbleib des Störenfrieds dulden, wenn auch mit geringerem Einfluß, sie brauchen aber kein Abfindungsguthaben zu bezahlen. Die Firma wird finanziell nicht geschwächt. Der Grund der Zulässigkeit einer gesonderten oder auch nur teilweisen Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht liegt also darin, die Auflösung der oHG oder das Ausscheiden eines Gesellschafters durch einen Interessenausgleich zwischen dem Störenfried und den verbleibenden Gesellschaftern zu erübrigen.¹⁾

1) Vgl. Lukes, JR 1960, S. 43 mit Hinweis auf die Denkschrift des RJA zum Entwurf eines HGB, Berlin 1896.

Ein derartiger Grund besteht bei der GmbH nicht. Der Bestand der GmbH wird von der Abberufung eines Geschäftsführers grundsätzlich nicht berührt. Die GmbH ist kapitalistisch aufgebaut und von der Bindung des Bestandes der Gesellschaft an das gegenseitige Vertrauen abgewichen. Der Geschäftsanteil ist kapitalisiert und grundsätzlich frei veräußerlich. Die GmbH ist insoweit auf einen Gesellschafterwechsel angelegt. Es besteht daher auch von dieser Überlegung her kein Grund, eine Abberufung des Geschäftsführers nur von der Vertretung zuzulassen. Als Ergebnis ist deshalb folgendes festzuhalten: Es widerspricht der gesetzlichen Regelung und der Auffassung des Gesetzgebers vom Amt des Geschäftsführers als Organ der GmbH, eine Abberufung nur von der Vertretung zuzulassen. Als Organ hat ein Geschäftsführer notwendig Vertretungsmacht, wenn auch nicht Einzelvertretungsmacht. Ein Grund wie bei der oHG, der zu einer abweichenden Regelung führte, besteht bei der GmbH nicht. Ein Abweichen vom Gesetz kann deshalb auch nicht etwa in Analogie zur Regelung bei der oHG erfolgen.

Wenn daher eine Bestellung nur zur Geschäftsführung (nach innen) oder eine Abberufung nur von der Vertretung (nach außen) unzulässig ist, stellt sich sofort die Frage; wie ist es im gleichen Fall mit der Geschäftsführung (in diesem Sinne: Handeln nur nach innen)?

Dem Ausschluß eines Geschäftsführers nur von der Geschäftsführung in diesem Sinne kommt keine so große Bedeutung zu, da die Geschäftsführung im Innenverhältnis weitgehend beschränkt werden kann.

Trotzdem bedarf diese Frage einer grundsätzlichen Erörterung.

Keine Bedeutung für unser Problem hat der Streit, ob bei fehlender Satzungsbestimmung Gesamtgeschäftsführung oder Einzelgeschäftsführung gilt.¹⁾ Praktisch gewinnt die Frage erst dann Bedeutung, wenn ein Mitgeschäftsführer einer Geschäftshandlung widerspricht oder wenn ein Geschäftsführer trotz Zuständigkeit aus der Geschäftsverteilung die Verantwortung nicht allein übernehmen will und deshalb die Zustimmung der Mitgeschäftsführer einholt. Für diesen Fall fordert man

1) Für Gesamtgeschäftsführung mit Mehrheitsbeschluß analog § 28 BGB: Ritter, § 70 Anm 6; Brodmann, AktG, § 231 Anm 2 b; für Gesamtgeschäftsführung entsprechend § 35 Abs 2 GmbHG: Gierke, Handelsrecht, § 43 II 2 b; Wieland, Bd 2 S. 129; Schmidt in GroßK zum AktG 1937, § 70 Anm 15; Schumann, Handelsrecht I, § 43 II 2; Schlegelberger-Quassowski, AktG 1937, § 70 Anm 12; Bb-Hueck, AktG 1937, § 70 Anm 4; GmbHG, § 35 Anm 1 A; Scholz-Hefermehl, § 37 Anm 2; aber nur Schmidt a.a.O. zieht den logischen Schluß, wenn schon für die Geschäftsführung das nur für die Vertretung vorgeschriebene Kollegialprinzip gelte, dann aber nur entsprechend der Regelung, die die Satzung für die Vertretung vorschreibt. Alle übrigen nehmen darauf keine Rücksicht. Für Einzelgeschäftsführung: von Godin-Wilhelmi AktG 1937, § 70 Anm 5 und von Godin in Hans.RGZ 38, 1 ff; Brodmann, GmbHG, § 37 Anm 1 a und 1 b; Hach.-Schilling, § 35 Anm 34 a: Gefolgert aus der Parallele zu § 115 HGB und zur Gesamtverantwortlichkeit jedes Geschäftsführers.

allgemein Einstimmigkeit¹⁾ in der Beschlußfassung, soweit nicht die Satzung Mehrheitsentscheid vorsieht. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob Mehrheitsentscheid genügt oder Einstimmigkeit zu fordern ist. In jedem Fall muß jeder Geschäftsführer bei der Beschlußfassung mitwirken. Das aber ist ein Argument, um die eingangs gestellte Frage zu verneinen. Im übrigen gelten auch für die Geschäftsführung ein großer Teil der Argumente, die oben bei der Frage einer Abberufung nur von der Vertretung erörtert wurden. Für eine Abberufung nur von der Geschäftsführung fehlt ein Grund, wie er der gesetzlichen Regelung des § 117 HGB zugrunde liegt. Das Gesetz spricht in § 38 GmbHG nur vom Widerruf der Bestellung. Das Amt des Geschäftsführers umfaßt notwendig Geschäftsführung und Vertretung. Zwar fehlt von Einzelbestimmungen abgesehen eine gesetzliche Regelung der Geschäftsführung, das Gesetz setzt aber diese Geschäftsführungsbefugnis als selbstverständlich voraus.²⁾ Dabei ist aber nicht zu verkennen, daß das Gesetz die Geschäftsführung bei weitem nicht so zwingend geregelt hat wie die Vertretung. Die Geschäftsführungsbefugnis kann deshalb im Innenverhältnis auch sehr weit eingeschränkt werden, sei es durch Gesellschaftsvertrag, Gesellschafterbeschlüsse, Geschäftsverteilung, generelle Instruktionen oder Einzelanordnungen. Die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis kann den Geschäftsführer zum "Vollzugsbeamten" übergeordneter Organe degradieren. Aber diese Beschränkungen können nur bis zu einer gewissen Grenze gehen: Die dem

1) Anders nur Ritter und Brodmann, AktG 1937 a.a.O., die Mehrheitsentscheidung annehmen.

2) Scholz-Hefermehl, § 35 Anm 2, unbestritten.

Geschäftsführer als solchem auferlegten öffentlichen Pflichten muß er erfüllen und erfüllen können. Die Geschäftsführungsbefugnis kann ihm insoweit nicht entzogen werden. Es sind hier vor allem zu nennen: Die Sorge für die Buchführung und die Erfüllung der Steuerpflichten.

Man muß deshalb aus der ~~Orga~~anstellung des Geschäftsführers, die sich ganz deutlich bei der Untersuchung dieser Frage hinsichtlich der Vertretungsmacht herauskristallisierte, folgern, daß ein Geschäftsführer auch nicht dauernd von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden kann. Das ergibt sich nicht nur aus dem gesetzlichen Wortlaut, der nur die Bestellung und den Widerruf der Bestellung kennt, aus der Notwendigkeit der Mitwirkung jedes Geschäftsführers bei der Beschlußfassung innerhalb des Organs "Geschäftsführer" und aus unentziehbaren öffentlichen Pflichten, sondern auch aus der Verantwortlichkeit des Geschäftsführers, die jeden Geschäftsführer für die Handlungen aller Geschäftsführer grundsätzlich trifft.¹⁾ Von der Verantwortlichkeit befreit nicht einmal eine Geschäftsverteilung.²⁾ Den Geschäftsführer trifft insoweit eine Überwachungspflicht gegenüber jedem Mitgeschäftsführer. Als Ergebnis ist deshalb festzustellen, daß es nur eine einheitliche Abberufung von der Geschäftsführung und Vertretung gibt.

1) Mach.-Schilling, § 35 Anm 34 a; Bb-Hueck, GmbHG, § 35 Anm 1 A; unbestritten .

2) Bb-Hueck, GmbHG, § 35 Anm 1 A; unbestritten.

Diese Auffassung ergibt sich aus dem Gesetz und aus der organschaftlichen Stellung des Geschäftsführers. Eine andere Auffassung läßt sich mit dem Wesen des Organs Geschäftsführer, wie es im Gesetz seinen Niederschlag gefunden hat, nicht vereinbaren. Darin zeigt sich einer der wesentlichen Unterschiede der Selbstorganschaft von der Drittorganschaft.

C Das materielle Abberufungsrecht nach

der gesetzlichen Regelung des § 38 GmbHG

Beim Vergleich der Regelung des § 38 GmbHG mit der gesetzlichen Regelung des Widerrufsrechts bei den Personalgesellschaften fällt auf, daß sowohl bei der BGB-Gesellschaft als auch bei der oHG der Widerruf von Geschäftsführung und Vertretung nur aus wichtigem Grunde zulässig ist, bei der BGB-Gesellschaft sogar nur im Falle eines vertraglich eingeräumten Sonderrechts zur Geschäftsführung.¹⁾ Eine weitere Erschwerung findet das Widerrufsrecht bei der oHG im Erfordernis einer gerichtlichen Entscheidung.²⁾ Das Ziel der Personengesellschaft ist das Zusammenwirken aller Gesellschafter zur Erreichung des Gesellschaftszwecks. Die Leistung der Gesellschafter erschöpft sich deshalb nicht in der Kapitaleinlage. Geschäftsführung und Vertretung sind im Regelfall Mitgliedschaftsrechte und werden zum mitgliedschaftlichen Sonderrecht, wenn nur einzelne Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung berufen sind. Eine freie Widerruflichkeit ließe sich mit diesen auf das persönliche Vertrauensverhältnis aufgebauten Grundsätzen nicht vereinbaren. Die persönliche und unbeschränkbare Haftung für Gesellschaftsschulden erfordert einen besonderen Schutz gegen den Ausschluß von der Leitung und Einflußnahme auf die Geschäftspolitik. Bei der vom gesetzlichen Normalstatut her auf Mitgliederwechsel angelegten GmbH

1) §§ 712, 715 BGB; beide Bestimmungen erfassen nur den Fall des Sonderrechts zur Geschäftsführung und nicht den Regelfall des § 709; vgl. RGRK zum BGB, § 712 Anm 1, § 715 Anm 1.

2) §§ 117, 127 HGB; im Gesellschaftsvertrag sind abweichende Regelungen zulässig; vgl. Bb-Duden, § 117 Anm 5; Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm 14 - 17, § 127 Anm 11.

bedarf dagegen die Stellung des Geschäftsführers keines so weitgehenden Schutzes; denn Geschäftsführung und Vertretung sind nur ausnahmsweise mitgliedschaftliches Sonderrecht. Die Abberufung als Geschäftsführer berührt daher nur in diesen Ausnahmefällen die Stellung als Gesellschafter. Das gilt noch mehr für den Vorstand der AG, denn das Aktienrecht kennt kein Sonderrecht eines Aktionärs, Vorstand zu sein.¹⁾

Diese Darstellung befaßt sich im folgenden mit den Voraussetzungen eines wirksamen Widerrufs nach § 38 GmbHG (unten I) und mit dem Widerrufsrecht nach § 38 Abs 1 GmbHG (unten II) und nach § 38 Abs 2 GmbHG (unten III).

I. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Widerrufs.

1) Der Widerruf als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.

Begrifflich bedeutet der Widerruf der Bestellung die Beseitigung der Organstellung eines Geschäftsführers. Für den Begriff ist es gleichgültig, ob man mit der herrschenden Lehre zwischen Bestellung und Anstellung streng unterscheidet, wobei die Bestellung

1) Der Aufsichtsrat bestellt zwingend den Vorstand. Bb-Hueck AktG, § 75 Anm 2 B. Die Satzung darf nichts anderes vorsehen. Gegen diese zwingende Regelung würde ein Sonderrecht verstoßen, weil der durch Statut zum Vorstand berechnigte Aktionär aufgrund des Sonderrechts bestellt werden müßte; ausdrücklich verneinend Bb-Hueck, GmbHG, § 6 Anm 3 B für die GmbH - Gesellschafter im Bereich der Montan-Industrie. Ebenso Schmidt in GroßK zum AktG, § 75 Anm 2.

durch den Widerruf, die Anstellung durch Kündigung getrennt und unabhängig voneinander beendet werden können, oder ob man mit Schilling Bestellung und Anstellung als einheitlichen Geschäftsführervertrag begreift, der auch einheitlich nur durch Widerruf beendet wird. Seiner Rechtsnatur nach ist der Widerruf eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.¹⁾ Der Widerruf bedarf deshalb wie jede empfangsbedürftige Willenserklärung der Willensbildung der zum Widerruf zuständigen Stelle und der Erklärung dieses Willens gegenüber dem abzuberufenden Geschäftsführer. Der Akt der Willensbildung als solcher beseitigt die Organstellung des Geschäftsführers noch nicht. Er besagt lediglich, daß der Geschäftsführer abberufen werden soll.²⁾ Solange der Widerruf nicht erklärt wird, behält der Geschäftsführer seine Organstellung.

2) Kritik der Gegenmeinung: Der Widerruf als einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.

Feine³⁾ vertritt dagegen die Auffassung, der Widerruf sei ein einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, sei sozialrechtlicher Willensakt, für dessen Wirksamkeit Kenntnissnahme durch den Geschäftsführer genüge. Das ist aber nicht ausreichend.⁴⁾

1) RGZ 68, 381 (385); Hach.-Schilling, § 38 Anm 2; Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 2 a; Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 2 C; Liebmann-Saenger, § 38 Bem 1; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 6; anders Feine in Ehrenburg S. 470.

2) Herrschende Meinung, vgl. Literaturangaben der vorhergehenden Fußnote.

3) Feine in Ehrenburg S. 470

4) So Hach.-Schilling § 38 Anm 2.

Es ist mit der Organstellung des Geschäftsführers vor allem im Hinblick auf die dem Geschäftsführer auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten nicht vereinbar. Der Geschäftsführer muß wissen, ob er noch verpflichtet ist, für die Erfüllung dieser Pflichten Sorge zu tragen und deshalb ein Mindestmaß an Überwachung der Mitgeschäftsführer im Falle einer Geschäftsverteilung auszuüben. Er muß genau wissen, ob ihn noch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft. Deshalb verlangte auch das RG¹⁾ mit Recht, daß der Widerrufsbeschluß klar und eindeutig den Widerruf der Organstellung erkennen lassen müsse. Wie aber der Widerrufsbeschluß klar und eindeutig den Willen zum Widerruf erkennen lassen muß, so ist auch eine klare und eindeutige Erklärung an den Geschäftsführer erforderlich. Kenntnissnahme kann nicht genügen, weil dann auch Kenntnissnahme vom Hörensagen genügen würde. Auch der Hinweis Feines auf § 674 BGB ist nicht überzeugend. Die entsprechende Anwendung des § 674 BGB bedeutet nach dem Sinn der Vorschrift, daß das kausale Anstellungsverhältnis als fortbestehend fingiert wird, wenn es anders als durch Widerruf des Auftrags oder Geschäftsbesorgungsvertrages bzw. Dienstvertrages mit Geschäftsbesorgungscharakter beendet wird. Wenn man aber für die Rechtsnatur des Widerrufs etwas aus dem Verhältnis Bevollmächtigung zum kausal zugrunde liegenden Rechtsverhältnis entnehmen will²⁾, so kann das rechtsdogmatisch nur aus der Rechtsnatur des

1) RG Recht 1908 Nr. 864; 1914 Nr. 2751.

2) So wohl Feine a.a.O. S. 470, wenn er das Verhältnis Bestellung zur Anstellung als ähnlich dem Verhältnis Bevollmächtigung zum kausalen Rechtsverhältnis begreift,

Widerrufs der Vollmacht geschehen. Nur insoweit liegt ein vergleichbarer Tatbestand vor, der im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist. § 38 GmbHG schweigt darüber, ob zur Wirksamkeit des Widerrufs die Erklärung gegenüber dem Geschäftsführer erforderlich ist. Eine entsprechende Anwendung der Regeln der Bevollmächtigung ist aber erst möglich, wenn sich die Rechtsnatur des Widerrufs der Bestellung nicht bereits aus der Auslegung des § 38 GmbHG ergibt.

Durch Ausübung des Widerrufsrechts wird ein bestehendes Rechtsverhältnis inhaltlich umgestaltet: Die Organstellung des Geschäftsführers wird samt und sonders beseitigt. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht werden einheitlich dem Geschäftsführer entzogen. Seiner Wirkung nach ist der Widerruf deshalb als Gestaltungsgeschäft zu qualifizieren, ähnlich der Kündigung. § 38 GmbHG gewährt der Gesellschaft nicht nur die Möglichkeit, sich von einem nicht mehr tragbaren Geschäftsführer zu lösen, sondern auch das Recht, die Bestellung zu widerrufen, § 38 GmbHG ist nicht nur Reflexwirkung einer Schutznorm zugunsten der GmbH, sondern sie beinhaltet ein subjektives Recht, die von der Rechtsordnung verliehene Rechtsmacht zum Widerruf.¹⁾ Dieses Recht zum Widerruf ist ein Recht auf Rechtsänderung, deren Wirkung einseitig und sogar gegen den Willen des Geschäftsführers eintritt.

1) Vgl. zum Unterschied subjektives Recht und Reflexwirkung einer Schutznorm Enneccerus-Nipperdey § 72 I.

Als Gestaltungsgeschäft ist der Widerruf empfangsbedürftig.¹⁾ Solche Gestaltungsgeschäfte müssen die Rechtslage eindeutig klären und vertragen keine derartige Unbestimmtheit, wie sie nach der Auffassung Feines notwendig eintreten müßte. Da sich bereits durch die Auslegung aus dem Wesen des Widerrufs die Empfangsbedürftigkeit ergibt, ist für eine entsprechende Anwendung des § 168 BGB kein Raum. Im übrigen würde auch eine Analogie zu § 168 BGB zur Empfangsbedürftigkeit kommen.²⁾

II. Der Widerruf nach § 38 Abs 1 GmbHG.

Die freie Widerruflichkeit der Organstellung des Geschäftsführers ist das notwendige Korrelat einer nach außen unbeschränkten und unbeschränkbar vertretenen Macht. Auch zeigt sich darin die Subordination des Organs Geschäftsführer unter das oberste Organ der GmbH: die Gesamtheit der Gesellschafter. Aus diesem doppelten Grundgedanken heraus ist eine Regelung getroffen worden, die sich bei ähnlicher Sachlage auch sonst im Gesetz findet: so bei der Prokura,³⁾ beim Vorstand der Genossenschaft⁴⁾ und früher beim Vorstand der AG.⁵⁾

1) Wie alle Gestaltungsgeschäfte, vgl. Palandt § 104 Anm 3 - unbestritten.

2) Palandt § 168 Anm 2; Enneccerus-Nipperdey § 184 II 2.

3) § 50 Abs 1, 52 Abs 1 HGB.

4) § 24 Abs 3 GenossenschG.

5) § 231 Abs 3 a.F. HGB.

Bei der AG ist die Widerruflichkeit der Bestellung jetzt allerdings auf wichtige Gründe¹⁾ beschränkt. Der Grundsatz der freien Widerruflichkeit gilt aber auch für jede rechtsgeschäftliche Vollmacht²⁾ und für den Vorstand des Vereins.³⁾

Der Grund der Gleichbehandlung dieser Fälle liegt darin, daß das rechtsgeschäftliche Handeln des Vertreters jeweils den dahinter stehenden Rechtsträger verpflichtet. Sie bilden eine Ausnahme zu dem Grundsatz, daß jedes Rechtssubjekt nur durch eigenes Handeln berechtigt und verpflichtet wird. Die Rechtsfolgen treffen immer den Vertretenen, so lange sich der Handelnde im Rahmen seiner Vertretungsmacht bewegt. Um den Gefahren dieser Regelung begegnen zu können, statuiert das Gesetz die freie Widerruflichkeit: Es soll niemand gegen seinen Willen durch rechtsgeschäftliches Handeln eines Dritten berechtigt und verpflichtet werden können. Bestand und Umfang der Vertretungsmacht sind deshalb vom Willen des Vertretenen abhängig, soweit nicht das Gesetz im Interesse des Rechtsverkehrs den Umfang normiert oder den Bestand der Vertretungsmacht zugunsten gutgläubiger Dritter begehrt.

1) § 84 Abs 3 Satz 1 AktG 1965, (früher: § 75 Abs 3 AktG 1937)

2) § 168 Satz 2 BGB

3) § 27 Abs 2 BGB.

Aus dem Aufbau der Bestimmung des § 38 GmbHG und dem Zweck des Widerrufs ergibt sich zwingend, daß das Widerrufsrecht zwar auf die Fälle des wichtigen Grundes beschränkt, aber nie ganz ausgeschlossen werden kann. So lange das Widerrufsrecht nicht auf die Fälle des § 38 Abs 2 GmbHG beschränkt wurde, beurteilen sich Voraussetzungen und Wirkungen eines erfolgten Widerrufs immer nach § 38 Abs 1 GmbHG. Es spielt deshalb für den Widerruf nach § 38 Abs 1 GmbHG keine Rolle, ob wichtige Gründe vorliegen oder nicht. Auch ist es unerheblich, ob der Widerruf auf einen vorhandenen wichtigen Grund gestützt wird oder nicht. Er ist immer wirksam, wenn die Wirksamkeitsvoraussetzungen gegeben sind und die Ausübung des Widerrufsrechts nicht gegen die allgemeinen Grenzen jeder Rechtsausübung verstoßen. Ist aber der Widerruf auf wichtige Gründe im Sinne des § 38 Abs 2 GmbHG beschränkt, so kann auch der Widerruf nur aus wichtigem Grunde erfolgen. § 38 Abs 1 und § 38 Abs 2 GmbHG schließen sich in ihrer Anwendbarkeit gegenseitig aus.¹⁾

Gegen die Abberufung des Geschäftsführers nach § 38 Abs 1 GmbHG gibt es grundsätzlich keinen Rechtsbehelf. Wenn der Widerrufsbeschluß in Ordnung ist, kann ein abberufener Geschäftsführer insbesondere nicht mit Erfolg darauf klagen, den durch Beschluß erfolgten Widerruf durch Richterspruch zu beseitigen, weil der Geschäftsführer keinen Anspruch auf Wiedereinsetzung in sein Amt hat.²⁾

1) Vogel, GmbHG, § 38 Anm 1; Hach.-Schilling, Einleitung zu § 38 GmbHG; Klumpp, S. 143.

2) Liebmann-Saenger, GmbHG, § 38 Anm 3; Vogel, GmbHG, § 38 Anm 7; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 11.

Dabei spielt es keine Rolle, ob der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist oder nicht. Es gibt aber zwei Ausnahmen. Die erste besteht darin, daß der Widerruf als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung wegen Verstoßes gegen die allgemeinen Rechtsgrundsätze (darüber in Abschnitt D) nichtig ist. Hier hat jeder Geschäftsführer die Möglichkeit, Feststellungsklage zu erheben. Die zweite Ausnahme besteht darin, daß der Widerrufsbeschluß gesetz- oder statutenwidrig ist. Gegen einen solchen Widerrufsbeschluß kann ein Gesellschafter-Geschäftsführer die Anfechtungsklage erheben mit dem Ziel, den Beschluß für ungültig zu erklären,¹⁾ während ein Nicht-Gesellschafter-Geschäftsführer auf die Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen beschränkt ist.²⁾

Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß es gegen den Widerruf bei freier Widerruflichkeit der Bestellung keinen Rechtsbehelf gibt, wenn die Willensbildung durch das zuständige Organ wirksam erfolgt ist, der Wille dem Geschäftsführer erklärt wurde und der Widerruf als solcher nicht wegen Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze nichtig ist.

1) Scholz-Hefermehl GmbHG, § 38 Anm 11; Vogel, GmbHG, § 38 Anm 2.

2) Zu den Einzelheiten des mangelhaften Beschlusses vgl. unten Abschnitt G IV.

III. Der Widerruf nach § 38 Abs 2 GmbHG.

Mit der Beschränkbarkeit der freien Widerruflichkeit auf wichtige Gründe nach § 38 Abs 2 GmbHG trug das Gesetz vor allem den Bedürfnissen der personalistischen GmbH Rechnung.¹⁾ Wenn der Gesellschaftsvertrag alle Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt und jedem einzelnen eine Sonderpflicht und ein Sonderrecht zur Geschäftsführung auferlegt, so erschöpft sich die Pflicht des einzelnen Gesellschafters nicht in der Leistung seiner Einlage. Er ist darüber hinaus zur Arbeitsleistung für die Gesellschaft zur Erreichung des Gesellschaftszwecks verpflichtet. Eigentlich handelt es sich in diesen Fällen um eine oHG in der Form der GmbH. Die Form der GmbH ist meist nur gewählt, um eine Beschränkung der Haftung herbei zu führen. Es ist offensichtlich, daß bei derartigen persönlichen Tätigkeitspflichten ein besonderes Vertrauensverhältnis unter den Gesellschaftern bestehen muß. Jeder Gesellschafter ist auch weit mehr daran interessiert, nicht willkürlich als Geschäftsführer abberufen zu werden. Diesem Interesse trägt die Regelung des § 38 Abs 2 GmbHG Rechnung.

1) Der Ausschluß der freien Widerruflichkeit.

Die freie Widerruflichkeit der Bestellung kann gesetzlich und vertraglich ausgeschlossen sein. Über die Fälle des Ausschlusses der freien Widerruflichkeit

1) Entwurf I, S. 88

muß zunächst Klarheit bestehen, bevor im einzelnen die wichtigen Gründe (unten 2) und der Rechtsstreit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes (unten 3) dargestellt werden.

a) Der gesetzliche Ausschluß der
freien Widerruflichkeit.

Eine gesetzliche Beseitigung der freien Widerruflichkeit nach § 38 Abs 1 GmbHG erfolgte für den Bereich des Mitbestimmungs- und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes (sog. Holding-Novelle). Die Beseitigung gilt für alle GmbH-Gesellschaften im Bereich der Montanindustrie, die diesen Gesetzen unterliegen. Nach diesen Gesetzen ist der Widerruf der Bestellung nur gemäß § 84 AktG zulässig.¹⁾ § 84 Abs 3 Satz 1 AktG beschränkt aber den Widerruf der Bestellung auf wichtige Gründe. Widersprechende Vorschriften des GmbHG sind zwingend ausgeschlossen.²⁾

Im Bereich der Montanindustrie muß außerdem zwingend ein Arbeitsdirektor "als Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs" bestellt werden. (§ 13 MitbestG; § 13 MitbestErgG),

1) § 12 MitbestG; § 13 MitbestErgG

2) §§ 2, 3 Abs 2 MitbestG; § 3 Abs 1 MitbestErgG
i.V. mit § 3 Abs 2 MitbestG.

d.h., die den Mitbestimmungsgesetzen unterliegenden Gesellschaften mbH müssen einen Arbeitsdirektor bestellen, der kraft Gesetzes die Rechtsstellung eines Geschäftsführers inne hat. Der Arbeitsdirektor kann nach § 13 Abs I Satz 3 i.V. mit Satz 2 MitbestG nur mit qualifizierter Mehrheit abberufen werden, nämlich nicht gegen die Mehrheit der gemäß § 6 MitbestG gewählten Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Dieses Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit ist vom MitbestErgG nicht übernommen worden. Der Arbeitsdirektor einer dem MitbestErgG unterliegenden GmbH kann daher auch gegen die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat abberufen werden.

Das BetriebsverfG¹⁾ und das Investment-Gesetz²⁾ bestimmen gleichlautend die Rechte und Pflichten und die Rechtsstellung des obligatorischen Aufsichtsrats durch Verweisung auf einzelne Bestimmungen des Aktienrechts.³⁾

1) BetriebsverfG v.11.10.1962 (BGBI I 681)

2) Gesetz über die Kapitalanlage-Gesellschaften v.16.4.1957 (BGBI I 378)

3) § 77 BetriebsverfG; § 3 Investment-Gesetz.

Auf § 84 AktG(§ 75 AktG 1937) wird in beiden Bestimmungen nicht Bezug genommen. Es ist deshalb zu prüfen, ob auch die übrigen Vorschriften des AktG heranzuziehen sind, obwohl auf sie nicht verwiesen wird.

Aus der Aufzählung einzelner Bestimmungen des Aktienrechts muß der Schluß gezogen werden, daß darüber hinaus die Vorschriften des Aktienrechts nicht zur Anwendung kommen sollen, zumindest soweit das GmbHG eine abweichende Regelung trifft. Das zeigt sich in der globalen Verweisung des MitbestG¹⁾ und in der sog. Holding-Novelle²⁾, die diese unterschiedliche gesetzliche Handhabung erneut bestätigt. Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß BetriebsverfG und Investmentgesetz die freie Widerruflichkeit nach § 38 Abs 1 GmbHG nicht beseitigen. Das gleiche gilt selbstverständlich auch im Falle eines fakultativen Aufsichtsrats nach § 52 GmbHG, dessen Rechte und Pflichten das Gesetz ebenfalls durch Verweisung auf Einzelbestimmungen des AktG regelt, soweit die Gesellschafter nichts anderes in der Satzung bestimmen.

b) Der vertragliche Ausschluß der freien Widerruflichkeit.

Der vertragliche Ausschluß der freien Widerruflichkeit nach § 38 Abs 1 GmbHG und seine Beschränkung auf den Fall des Vorliegens wichtiger Gründe kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Einen konkludenten Ausschluß beinhaltet insbesondere das Sonderrecht eines Gesellschafters zur Geschäftsführung.

1) § 3 Abs 2 MitbestG

2) § 3 Abs 1 Satz 2 MitbestErgG

aa) Der ausdrückliche vertragliche Ausschluß
der freien Widerruflichkeit.

aaa) Der außerstatutarische Ausschluß
der freien Widerruflichkeit.

Nach dem gesetzlichen Wortlaut kann die Beschränkung des Widerrufsrechts auf die Fälle des wichtigen Grundes nur in der Satzung erfolgen. Hueck¹⁾ erklärt im Anschluß an den gesetzlichen Wortlaut eine Beschränkung nur in der Satzung für zulässig. Eine Begründung für die eigene Auffassung gibt er nicht. Das gleiche gilt für Klumpp²⁾, Vogel³⁾ und Liebmann⁴⁾. Feine⁵⁾ führt aus, daß die Beschränkung auf § 38 Abs 2 GmbHG zum satzungsmäßigen Ausschluß der freien Widerruflichkeit führe. Zur Frage, ob der Ausschluß auch außerhalb der Satzung erfolgen kann, nimmt er nicht Stellung. Brodmann⁶⁾ erwähnt das Problem, daß bei statutarischer Beschränkung des Widerrufsrechts auf das Vorliegen wichtiger Gründe trotz nachträglich erfolgter Statutenänderung ein Drittgeschäftsführer vertragsmäßig nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann, wenn dem Dienstvertrag das Statut zugrunde gelegt wurde.

1) Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 2 A

2) Klumpp, a.a.O., S. 142

3) Vogel, GmbHG, § 38 Anm 6

4) Liebmann-Saenger, GmbHG, § 38 Anm 3

5) Feine in Ehrenburg S. 475

6) Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 1 b.

Hefermehl¹⁾ differenziert. Als Gesellschaftsregel könne die Beschränkung des Widerrufsrechts nach § 38 Abs 2 GmbHG nur durch Statut erfolgen. Die statutarische Beschränkung führe zur Anfechtbarkeit des Beschlusses für den Gesellschafter-Geschäftsführer. Eine sonstige vertragliche Beschränkung des Widerrufsrechts sei wirksam. Ein Widerruf ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes begründe bei sonstiger vertraglicher Beschränkung des Widerrufsrechts eine Schadenersatzpflicht wegen Vertragsverletzung. Die gleiche Auffassung vertritt Goerdeler²⁾. Schilling³⁾ erklärt die Beschränkung des Widerrufsrechts im Geschäftsführervertrag für zulässig.

Mit Goerdeler ist für die Frage der Zulässigkeit der Beschränkung des Widerrufsrechts durch Vereinbarung außerhalb des Statuts richtigerweise vom Gesetzeszweck auszugehen. § 38 Anm 2 GmbHG ist seinem Wortlaut nach kein gesetzliches Verbot des freien Widerrufs. Die Beschränkung des Widerrufsrechts auf wichtige Gründe kann deshalb nicht als Voraussetzung der Wirksamkeit eines derartigen Verbots verstanden werden. Die Beschränkung im Sinne des § 38 Abs 2 GmbHG ist eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung. Begründung und Änderung dieser Bestimmung beurteilt sich nach allgemeinen Regeln des Gesellschaftsrechts, die für alle Satzungsbestimmungen gleich sind. In diesem Sinn ist die Auffassung in der Literatur richtig, daß eine Beschränkung des Widerrufsrechts auf das Vorliegen wichtiger Gründe nur im Gesellschaftsvertrag

1) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 10

2) Goerdeler, "Zur Auslegung des § 38 Abs 2 GmbHG" in GmbHRdSch 59, 198.

3) Hach.-Schilling, § 38 Anm 7.

erfolgen kann. Eine Beschränkung außerhalb der Statuten fällt nicht unter § 38 Abs 2 GmbHG. Der Versuch Goerdelers, die Zulässigkeit aus dem Zweck des § 38 Abs 2 GmbHG zu begründen, geht von einer falschen Fragestellung aus. Die Fragestellung hätte lauten müssen, ob eine nach allgemeinem Vertragsrecht zulässige Beschränkung auf wichtige Gründe mit der gesetzlichen Regelung vereinbar ist und nicht, wie Goerdeler es begründet, ob § 38 Abs 2 GmbHG extensiv ausgelegt werden kann, so daß auch eine außerstatutarische Beschränkung unter diese Vorschrift fällt.¹⁾

Nach allgemeinem Vertragsrecht kann eine Leistung auch in einem Unterlassen bestehen. Eine derartige Unterlassungspflicht kann im Rahmen eines Anstellungsvertrages als Nebenpflicht begründet werden. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit läßt im Vertragsrecht alle möglichen Gestaltungen zu. Es bestehen deshalb keine Bedenken, eine außerstatutarische vertragliche Beschränkung des Widerrufsrechts auf wichtige Gründe als zulässig anzuerkennen. Eine andere Frage ist es, ob für eine außerstatutarische vertragliche Beschränkung des Widerrufsrechts neben der gesetzlich statutarischen Beschränkung noch Raum ist. Goerdeler hat recht, wenn er den Zweck des § 38 Abs 2 GmbHG entweder im Schutz des Geschäftsführers oder im Schutz der Gesellschaft sieht. Wenn der Zweck im Schutz des Geschäftsführers besteht, so soll damit ähnlich der Bestimmung

1) Im Ergebnis aber richtig Goerdeler, a.a.O., S. 200.

des § 84 Abs 3 AktG dem Geschäftsführer eine selbständige Position eingeräumt werde zur eigenverantwortlichen Leitung der GmbH. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß die Stellung des Geschäftsführers nie so stark ist wie die Stellung des Vorstandes. Der Vorstand ist der allein verantwortliche Leiter der AG. Die Zuständigkeiten sind im Aktiengesetz zwingend zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung verteilt. Eine ähnlich zwingende Zuständigkeitsverteilung fehlt bei der GmbH. Vielmehr kann die Satzung den Geschäftsführer durch Übertragung der Zuständigkeiten auf andere Organe weitgehend entmachten. § 38 Abs 2 GmbHG bewirkt eine Stärkung der eigenverantwortlichen Stellung des Geschäftsführers. Der Entscheidungsspielraum wird dadurch wesentlich erweitert. Er braucht in vielen Fällen auf Wünsche einzelner Gesellschafter im Interesse der GmbH keine Rücksicht zu nehmen; denn was der GmbH nützt und gesetzlich zulässig ist, kann in der Regel kein wichtiger Grund zum Widerruf sein.¹⁾ Sieht man abweichend davon den Zweck im Schutz der Gesellschaft, so kann das nur bedeuten, daß die Beschränkung des Widerrufsrechts eine kontinuierliche Geschäftsführung gewährleisten soll. In beiden Fällen kann der gleiche Zweck auch durch außerstatutarische vertragliche Vereinbarung erreicht werden. Vom Normzweck her betrachtet bestehen deshalb gegen die Zulässigkeit keine Bedenken. Ein Unterschied darf aber nie außer Acht gelassen werden: In dem einen Fall handelt es sich um eine Satzungsbestimmung, im anderen um eine außerstatutarische Vertragsbestimmung.

1) So lange nicht durch fortgesetztes Hinweggehen über berechnigte Wünsche und Interessen der Gesellschaft die Vertrauensbasis zerstört ist; denn dann liegt darin ein wichtiger Grund.

Die statutarische Beschränkung des Widerrufsrechts beurteilt sich nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, für die außerstatutarische gilt allgemeines Vertragsrecht. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß eine außerstatutarische Beschränkung des Widerrufsrechts neben der statutarischen zulässig und nicht durch die Regelung des § 38 Abs 2 GmbHG ausgeschlossen ist.

§ 38 Abs 2 GmbHG ist insoweit zwingend, als das Widerrufsrecht nicht vollständig ausgeschlossen werden kann.¹⁾ Aber es ist aus dem Wortlaut und aus dem Zweck der Bestimmung nicht zu entnehmen, daß auch die Beschränkung des Widerrufsrechts zwingend nur durch Satzung erfolgen können soll. Dieser Schluß ließe sich nicht einmal rechtfertigen, wenn man § 38 Abs 2 GmbHG nur auf Gesellschafter-Geschäftsführer anwenden wollte. Auch dann ist kein Grund einzusehen, warum sich die Gesellschafter einem Mitgesellschafter gegenüber nicht schuldrechtlich sollen wirksam verpflichten können, einen Widerruf nur aus wichtigem Grund zu erklären. Auch eine solche schuldrechtliche Verpflichtung ist nach allgemeinem Vertragsrecht wirksam, weil § 38 Abs 2 GmbHG insoweit keine zwingende Regelung enthält. Eine vertragliche Beschränkung der freien Widerruflichkeit verstößt deshalb gegen kein gesetzliches Verbot. Die Zulässigkeit einer vertraglichen

1) Hach.-Schilling, § 38 Anm 7; Vogel, GmbHG, § 38 Anm 6; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 3; Sudhoff, a.a.O. S. 26; Tucher, Dr. Robert "Das Recht der oHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbHG", GmbHRdSch 53, 131; Vogel, Dr. Hermann "Satzungsmäßige Mehrheiten bei der Abberufung aus wichtigem Grund", GmbHRdSch 51, 180.

Beschränkung der freien Widerruflichkeit zeigt sich am deutlichsten, wenn man die Wirkung einer satzungsmäßigen Beschränkung gegenüber einem Drittgeschäftsführer betrachtet. Wenn ein Geschäftsführer nicht gleichzeitig Gesellschafter ist, kann er sich auf eine statutarische Beschränkung der freien Widerruflichkeit nur berufen, wenn auf diese Satzungsbestimmung im Anstellungsvertrag bzw. im Geschäftsführervertrag nach der Terminologie Schillings ausdrücklich oder konkludent Bezug genommen ist. Da der Gesellschaftsvertrag aber nach dem Willen der Parteien auch den Geschäftsführer binden soll - zumindest dann, wenn im Gesellschaftsvertrag eine Fülle von Einzelvorschriften für die Geschäftsführung enthalten sind - wird die satzungsmäßige Beschränkung damit zum Inhalt des Anstellungs- bzw. des Geschäftsführervertrages. Ein Drittgeschäftsführer kann sich auf die satzungsmäßige Beschränkung deshalb nur berufen und daraus das Recht herleiten, nur aus wichtigem Grunde abberufen zu werden, wenn die GmbH ihm gegenüber vertraglich dazu verpflichtet ist. Käme eine Vertragsauslegung zu dem Ergebnis, daß die satzungsmäßige Beschränkung des Widerrufsrechts nicht zum Inhalt des Anstellungs- bzw. Geschäftsführervertrages geworden ist, sind die Gesellschafter zwar statutarisch verpflichtet, den Widerruf nur aus wichtigem Grunde zu erklären. Diese Beschränkung wirkt aber nur im Verhältnis der Gesellschafter zueinander. Der Geschäftsführer selbst kann daraus keinen Anspruch ableiten. Die engere Auffassung, daß § 38 Abs 2 GmbHG nur für einen Gesellschafter-Geschäftsführer gilt, widerspricht dem klaren gesetzlichen Wortlaut .

Das Gesetz unterscheidet bei der Beschränkung der freien Widerruflichkeit nicht zwischen Gesellschafter-Geschäftsführer und Drittgeschäftsführer. Der Zweck des § 38 Abs 2 GmbHG aber, eine kontinuierliche eigenverantwortliche Geschäftsführung unabhängig von einzelnen Gesellschafter- oder Gruppeninteressen zu gewährleisten, gilt für den Drittgeschäftsführer in gleicher Weise wie für einen Gesellschafter-Geschäftsführer. Die vertragliche Beschränkung der freien Widerruflichkeit ist deshalb neben der statutarischen Beschränkung zulässig und wirksam.

bbb) Die Beschränkung der freien
Widerruflichkeit in der Satzung.

Wenn sich in einer Satzung eine Beschränkung der freien Widerruflichkeit findet, so ist damit noch nicht gesagt, daß der Widerruf nur nach § 38 Abs 2 GmbHG erfolgen kann. Die Beschränkung der freien Widerruflichkeit kann eine Anweisung an das Abberufungsorgan sein, den Widerruf nur aus wichtigem Grund vorzunehmen.¹⁾ Eine solche Anweisung beschränkt die freie Widerruflichkeit nicht auf wichtige Gründe. Der Geschäftsführer, gleichgültig ob Gesellschafter oder Nicht-Gesellschafter, hat keinen Anspruch, daß der Widerruf nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ausgesprochen wird. Der Sachverhalt gleicht dem Fall

1) Vgl. Klumpp S. 142/143.

des Drittgeschäftsführers, wenn zwar die freie Widerruflichkeit satzungsmäßig beschränkt wurde, aber die Beschränkung nicht Inhalt des Anstellungs- bzw. Geschäftsführervertrages wurde. Die Beschränkung der freien Widerruflichkeit kann zwar auch in der Satzung stehen, braucht ihrem Wesen nach aber keine echte Satzungsbestimmung zu sein. Sie kann auch nur bei Gelegenheit in die Satzung aufgenommen worden sein. Daß die Widerruflichkeit, wie auch sonstige nicht zwingende Bestandteile der Satzung, nur bei Gelegenheit in die Satzung aufgenommen sein können, ist allgemeine Meinung. Eine solche Bestimmung ist als schuldrechtliche Gesellschafterverpflichtung zu qualifizieren. Sie wirkt zugunsten eines Gesellschafter-Geschäftsführers als schuldrechtliche Beschränkung des Widerrufsrechts, weil er Vertragspartei dieser Vereinbarung ist.

Zu Gunsten eines Nicht-Gesellschafter-Geschäftsführers kann sie nur Wirkung erzeugen, wenn es sich um einen berechtigenden Vertrag zu Gunsten eines Dritten handelt, oder wenn durch konkludente oder ausdrückliche Verweisung diese Beschränkung zum Inhalt des Anstellungs- bzw. Geschäftsführervertrages wurde. Wie also eine in die Satzung aufgenommene Beschränkung der freien Widerruflichkeit im konkreten Einzelfall zu interpretieren ist, kann nur durch Auslegung ermittelt werden.

ccc) Die Aufhebung der statutarischen
Beschränkung des Abberufungsrechtes.

Die statutarische Beschränkung kann als Gesellschaftsregel nur durch Gesellschafterbeschuß mit Dreiviertelmehrheit¹⁾ beseitigt werden. Zur Aufhebung einer nur schuldrechtlichen Verpflichtung genügt im Regelfall²⁾ einfache Mehrheit.³⁾ Für bestehende Geschäftsführerverhältnisse ist die Aufhebung der Beschränkung der freien Widerruflichkeit immer nur dann wirksam, wenn der betroffene Geschäftsführer zustimmt. Im Fall der schuldrechtlichen Beschränkung ergibt sich das Zustimmungserfordernis aus dem allgemeinen Vertragsgrundsatz, daß Vertragsbestimmungen nur einverständlich abgeändert werden können. Dabei ist festzuhalten, daß die Aufnahme der Beschränkung der freien Widerruflichkeit in die Satzung noch nicht die Rechtsnatur dieser Bestimmung als statutarische Beschränkung ergibt. Wenn die Beschränkung aber eine echte Satzungsbestimmung darstellt, folgt das Zustimmungserfordernis aus dem darin enthaltenen Sonderrecht⁴⁾ des Gesellschafters-Geschäftsführers; für den Drittgeschäftsführer aus dem allgemeinen Vertragsgrundsatz, wenn diese Satzungsbestimmung zum Inhalt des Anstellungsvertrages bzw. des Geschäftsführervertrages geworden ist.

1) § 53 Abs 2 Satz 1, 2.HS GmbHG

2) Anders wenn die Satzung eine andere Mehrheit vorschreibt.

3) § 46 Nr.5 GmbHG; § 47 Abs 1 GmbHG.

4) Die statutarische Beschränkung der freien Widerruflichkeit gegenüber einem Gesellschafter-Geschäftsführer wurde mit Recht als Sonderrecht betrachtet, weil sich darin eine freiere und unabhängigere Stellung des Geschäftsführers dokumentiert, vgl. RGZ 44, 95 (98); Liebmann-Saenger, § 38 Anm 3; Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 3 a; Scholz-Hefermehl, § 38 Rd.Nr.8.

ddd) Der Verzicht auf die freie Widerruflichkeit.

Der Verzicht ist ein Fall ausdrücklicher¹⁾ Beschränkung der freien Widerruflichkeit. Ein genereller Verzicht auf das Widerrufsrecht ist unzulässig; denn das Widerrufsrecht des § 38 Abs 2 GmbHG ist zwingender Natur. Der Verzicht auf das Widerrufsrecht nach § 38 Abs 1 GmbHG enthält eine ausdrückliche - wenn auch erst im Wege der Auslegung gewonnene - statutarische oder außerstatutarische Beschränkung des Widerrufsrechts, je nachdem, ob der Verzicht im Gesellschaftsvertrag als echte Satzungsbestimmung oder sonst durch atypischen Vertrag nur schuldrechtlich gemäß § 305 BGB erfolgte. Es gelten die obigen Ausführungen.

1) Man unterscheidet ausdrückliche und konkludente Willenserklärungen (vgl. z.B. § 164 Abs 1 Satz 2 BGB). Diese Begriffe sind mehrdeutig (vgl. Enneccerus-Nipperdey § 153 Abs 2). Zur subjektiven und objektiven Theorie vgl. Lehmann § 30 Abs 2. Unter konkludenten Willenserklärungen sind solche Erklärungen zu verstehen, bei denen der Geschäftswille indirekt erklärt wird, und zwar durch Worte oder Handlungen, die Ausdruck eines menschlichen Willens sind und aus denen auf die Abgabe einer bestimmten Willenserklärung geschlossen werden kann.

Enthält aber die Verzichtserklärung als solche keine Beschränkung auf das freie Widerrufsrecht, so ist im Wege der Auslegung zu prüfen, ob damit nur ein Verzicht auf die freie Widerruflichkeit gewollt war.

Ist nur der Verzicht auf die freie Widerruflichkeit gewollt, so gelten die vorherigen Ausführungen über den Verzicht auf den Widerruf nach § 38 Abs 1 GmbHG. Kommt aber die Auslegung zu dem Ergebnis, daß der Verzicht generell gewollt war, so muß der mutmaßliche Parteiwille erforscht werden. Kommt diese Prüfung zu dem Ergebnis, daß der uneingeschränkte Verzicht nur deshalb erklärt wurde, weil man an die insoweit zwingende Vorschrift des § 38 Abs 2 GmbHG nicht gedacht hat, und daß man bei Kenntnis der Sachlage die Verzichtserklärung auf die freie Widerruflichkeit beschränkt hätte, so kann die generelle Verzichtserklärung in den Verzicht auf die freie Widerruflichkeit umgedeutet werden.¹⁾ Nur unter dieser Einschränkung ist es möglich, im generellen statutarischen Verzicht auf den Widerruf im Zweifel eine Beschränkung der freien Widerruflichkeit auf wichtige Gründe zu sehen.²⁾ Das gleiche gilt für den statutarischen Verzicht.

1) § 140 BGB; Palandt, § 140 Anm 1

2) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 3; anderer Meinung Vogel, GmbHG, § 38 Anm 6, der den statutarischen Verzicht ohne nähere Begründung für rechtsunwirksam erklärt, aber in § 38 Anm 2 für wirksam hält.

bb) Die konkludente vertragliche Beschränkung
der freien Widerruflichkeit.

Zur konkludenten¹⁾ Beschränkung der freien Widerruflichkeit gehören die Bestellung für die Dauer der Gesellschaftszugehörigkeit,²⁾ die Bestellung auf Lebenszeit,³⁾ wie überhaupt jede Bestellung auf Zeit⁴⁾, die gegenseitige Verpflichtung zur Geschäftsführung, so lange sie die alleinigen Gesellschafter sind⁵⁾ und vor allem das Sonderrecht zur Geschäftsführung.⁶⁾

1) Vgl. Fußnote 1 S. 57

2) Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 3 c; RG, DJZ 1914, 1109 = RG, LZ 1914, 1762.

3) Brodmann, § 38 Anm 3 c; Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 2 A.

4) RGZ 140, 314 (316)

5) Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 3 c

6) Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 2 A; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 4; Hach.-Schilling, § 38 Anm 3; Feine, a.a.O. S. 475; RGZ 170, 359 ff.

aaa) Das Sonderrecht zur Geschäftsführung.

Der Begriff des Sonderrechts wurde ursprünglich dem § 35 BGB entnommen, der nur eine Rechtsfolge ausspricht und keine Inhaltsbestimmung darstellt. Man bezeichnete deshalb als Sonderrecht alle ohne Zustimmung eines Gesellschafters nicht entziehbaren Mitgliedsrechte.¹⁾ Heute neigt die überwiegende Meinung²⁾ dazu, als Sonderrechte nur die Vorrechte anzusehen, die dem einzelnen Mitglied durch Satzung verliehen sind. Im folgenden werden unter Sonderrechten die dem einzelnen Gesellschafter verliehenen Vorrechte verstanden. Diese Definition entspricht dem Begriffsinhalt besser, als wenn die Unentziehbarkeit des Sonderrechts als Hauptkennzeichen der Sonderrechte angesehen wird. Es gibt

1) RGZ 57, 169 (174); RGZ 68, 211 (212); RGZ 136, 185 (190); Gadow, "Die Sonderrechte der Körperschaftsmitglieder" in Gruchots 66, 514 ff; Gadow "Das Recht der Körperschaftsmitglieder auf gleichmäßige Behandlung" in LZ 1932, 921 ff.

2) RGZ 49, 150 (151); RGZ 104, 253 (256); RGZ 117, 359 (368); Bb-Hueck, GmbHG, Überblick vor § 13, Anm 3 A; Scholz-Hefermehl, § 14 Anm 10; Hach.-Schilling, § 14 Anm 18; Liebmann-Saenger, § 45 Anm 4 d; abweichend Brodmann, GmbHG, § 45 Anm 2.

unentziehbare Rechte, die allen Gesellschaftern gleichmäßig zustehen.¹⁾ Wo in diesem Fall noch ein Sonderrecht des einzelnen Gesellschafters gegeben sein soll, ist vom Begriff her nicht verständlich.

Zum Wesen des Sonderrechts gehört es, daß einem einzelnen Gesellschafter ein Sondervorteil als Mitgliedsrecht verliehen ist. Sie müssen deshalb immer statutarisch²⁾ begründet werden. Aber auch wenn eine Bestimmung in der Satzung besteht, so ist daraus nicht notwendig abzuleiten, daß dem berechtigten Gesellschafter der eingeräumte Vorteil als Sonderrecht zugedacht war. Wenn die Gesellschafter sich nur schuldrechtlich verpflichten wollten, die Aufnahme dieser Verpflichtung in die Satzung nur bei Gelegenheit erfolgte, so liegt darin kein Sonderrecht, weil es kein gesellschaftsrechtliches Vorrecht eines Gesellschafters beinhaltet.³⁾ Die Bindung der Gesellschafter auch an diese schuldrechtliche Vereinbarung steht außer Zweifel. Es ist auch unrichtig, allein in der Beschränkung der freien Widerruflichkeit bereits die Einräumung eines Sonderrechts⁴⁾ zu erblicken. Eine solche Satzungsbestimmung kann die rein gesellschaftsrechtliche Verpflichtung sein, eine Abberufung nur aus wichtigem Grund auszuüben, ohne daß dadurch einem Gesellschafter-Geschäftsführer ein Recht eingeräumt wird, als Geschäftsführer der GmbH tätig zu sein. Zum Wesensinhalt eines Sonderrechts gehört es,

1) Sog.allgemeine Mitgliedschaftsrechte. Auch diese können nur mit Zustimmung des Gesellschafters entzogen werden. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist dabei zu beachten (vgl.Zöllner , S. 110).

2) RGZ 113, 241 (245); 165, 129 (133); 170, 359 (367); zur Literatur vgl. die Fußnote 2 der vorhergehenden Seite.

3) Ebenso Scholz-Hefermehl, § 14 Anm 13 Abs 2.

4) So Liebmann-Saenger, § 38 Anm 3; dagegen richtig Hach,-Schilling, § 38 Anm 7, der sagt, daß in diesen Bestimmungen die Beschränkung der freien Widerruflichkeit enthalten sein kann.

daß dem Sonderberechtigten ein Recht eingeräumt wird. Nicht ausreichend ist dazu der besondere Schutz, der sich aus der Reflexwirkung der Verpflichtung ergibt, daß der Widerruf nur aus wichtigen Gründen vorgenommen werden kann. Nach diesen Grundsätzen ist deshalb auch die Bestellung für die Dauer der Gesellschafterzugehörigkeit, auf Lebenszeit oder auf bestimmte Zeit zu entscheiden. Auch die Verpflichtung der beiden Alleingesellschafter zur Geschäftsführung, solange sie die alleinigen Gesellschafter sind, ist nach diesen Grundsätzen auszulegen. Wenn eine echte Satzungsbestimmung vorliegt, die einem Gesellschafter ein Recht zur Geschäftsführung als Mitgliedsrecht einräumt, so liegt darin ein Sonderrecht zur Geschäftsführung. Das Sonderrecht zur Geschäftsführung schließt die freie Widerruflichkeit aus, weil es das Recht beinhaltet, als Geschäftsführer tätig zu sein. Die Widerruflichkeit aus wichtigem Grund kann auch das Sonderrecht zur Geschäftsführung nicht beseitigen.¹⁾

1) Vgl. oben, S. 52, Fußnote 1.

Das Sonderrecht zur Geschäftsführung unterscheidet sich jedoch wesentlich von den übrigen mitgliedschaftsrechtlichen Vorrechten. Es ist nicht an den Geschäftsanteil gebunden und es geht nicht mit dem Geschäftsanteil auf den Erwerber über. Das Sonderrecht zur Geschäftsführung ist höchstpersönlich.¹⁾ Das Recht zur Geschäftsführung setzt ein besonderes Vertrauensverhältnis der übrigen Gesellschafter in eine sachgemäße Geschäftsführung des sonderberechtigten Gesellschafters voraus. Dieses Vertrauen besteht zu dem Gesellschafter, dem das Sonderrecht eingeräumt wird, nicht aber zu dem späteren Erwerber des Geschäftsanteils. Vor allem kann man nicht voraussehen, ob ein späterer Erwerber auch die erforderliche Sachkunde zur Geschäftsführung besitzt. Das Sonderrecht zur Geschäftsführung geht deshalb mit der Übertragung des Geschäftsanteils als Sonderrecht unter. Auf den Erwerber kann es nicht übergehen, weil es dem Gesellschafter höchstpersönlich verliehen wurde. Dem Geschäftsführer kann es nicht verbleiben, weil er mit der Veräußerung des Geschäftsanteils alle Mitgliedsrechte verliert und damit auch das Sonderrecht zur Geschäftsführung.

1) Vgl. Scholz-Hefermehl, § 14 Anm 13 Abs 2 und § 14 Anm 17.

bbb) Das Sonderrecht zur Bestellung eines Geschäftsführers und die Sonderpflicht zur Geschäftsführung.

Vom Sonderrecht zur Geschäftsführung muß man die Sonderpflicht zur Geschäftsführung und das Sonderrecht zur Bestellung eines Geschäftsführers unterscheiden.

Das Sonderrecht zur Bestellung eines Geschäftsführers ist streng von einem eventuellen Präsentationsrecht zu unterscheiden. Das Präsentationsrecht gewährt einem Gesellschafter oder Dritten das Recht, jemanden als Geschäftsführer vorzuschlagen. Die Bestellung und der Widerruf erfolgen durch das zuständige Gesellschaftsorgan. Das Präsentationsrecht beinhaltet keine Beschränkung der freien Widerruflichkeit, weil die Entscheidungsbefugnis über die Bestellung wie über den Widerruf dadurch nicht berührt wird.

Beim Sonderrecht zur Bestellung eines Geschäftsführers kann der sonderberechtigte Gesellschafter selbst wirksam einen Geschäftsführer bestellen. Der Widerruf der Bestellung obliegt im Zweifel ebenfalls dem sonderberechtigten Gesellschafter. Die freie Widerruflichkeit nach § 38 Abs 1 GmbHG wird dadurch nicht berührt. Allerdings ist es fraglich, ob die Gesamtheit der Gesellschafter das Widerrufsrecht ohne oder gegen den Willen des sonderberechtigten Gesellschafters ausüben kann. Das ist aber eine Frage der Zuständigkeit.¹⁾

1) Siehe unten, Abschnitt E.

Auch eine Sonderpflicht zur Geschäftsführung führt nicht zur Beschränkung des Widerrufsrechts auf wichtige Gründe. Die Sonderpflicht zur Geschäftsführung ist die gesellschaftsvertragliche Verpflichtung eines Gesellschafters, als Geschäftsführer tätig zu sein.¹⁾ Sie ist nicht anders zu behandeln als die auf Anstellungsvertrag beruhende Verpflichtung zur Geschäftsführung. Der Widerruf ist also jederzeit möglich, wenn nicht zusätzlich das Widerrufsrecht auf wichtige Gründe beschränkt wurde. Die Gesellschaft braucht sich die Dienste des sonderverpflichteten Gesellschafters nicht aufdrängen zu lassen. Sie kann deshalb jederzeit die Bestellung widerrufen.²⁾ Besteht aber neben der Sonderpflicht oder unabhängig davon ein Sonderrecht zur Geschäftsführung, so kann der sonderberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund abberufen werden³⁾, weil das Sonderrecht zur Geschäftsführung das Recht beinhaltet, als Geschäftsführer tätig zu sein.

2) Die wichtigen Gründe.

a) Allgemeines zum wichtigen Grund.

§ 38 Abs 2 GmbHG nennt als beispielhafte Fälle der wichtigen Gründe zum Widerruf der Bestellung grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen

1) Sonderverpflichtung nach § 3 Abs 2 GmbHG; OLG Frankfurt/M., OLGR 16, 119; Hach.-Schilling, § 14 Anm 18; Scholz-Hefermehl, § 6 Anm 6 und § 14 Anm 14.

2) Hach.-Schilling, § 38 Anm 9 und 10.

3) BayObLG, GmbH-Recht IV § 38 R 7; OLG Hamburg, GmbHRdSch 54, 188; Hach.-Schilling, § 38 Anm 2 und 8; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 4; Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 2 A; Vogel, § 38 Anm 2.

Geschäftsführung. § 84 Abs 3 AktG zählt die gleichen Beispiele auf und nennt zusätzlich als wichtigen Grund den Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung. Ubereinstimmend lauten für die BGB-Gesellschaft §§ 712 Abs 1 und 715 BGB, für die oHG §§ 117 und 127 HGB. Die Möglichkeit Dauer- und Vertrauensverhältnisse, die stark in die Lebensbetätigung der Beteiligten eingreifen oder eine besondere gegenseitige Interessenverflechtung mit sich bringen und ein persönliches Zusammenarbeiten, ein gutes Einvernehmen oder ein ungestörtes gegenseitiges Vertrauen der Beteiligten erfordern¹⁾, jederzeit aus wichtigem Grund zu beenden, hat das Gesetz noch in vielen anderen Einzelschriften vorgesehen.²⁾ Aus dieser Vielfalt von Vorschriften läßt sich entnehmen, daß der wichtige Grund eine Art Generalklausel darstellt wie Treu und Glauben, Recht und Billigkeit, Zumutbarkeit, *clausula rebus sic stantibus* usw. .

1) RGZ 121, 1 (16); 140, 81 (92); 160, 257 (270); 169, 203 (207); BGH NJW 51, 836; BGHZ 9, 157 (162)

2)

a) Bei Arbeitsverhältnissen §§ 626, 627 BGB; §§ 70 - 72, 77 Abs 3, 92 Abs 2 HGB; §§ 124 a, 133 b GewO.

b) Bei lang dauernden Miet- und Pachtverträgen vgl. RGZ 94, 236.

c) Vereins-, Gesellschafts- und Genossenschaftsverhältnisse vgl. §§ 723, 749 BGB; §§ 133, 161 Abs 2 HGB; 61 GmbHG; 83 GenossSchG und dazu KGJW 31, 2966..

d) Alle in die Lebensverhältnisse der Beteiligten stark eingreifenden Rechtsverhältnisse: RGZ 130, 375; § 8 KartellVO.

e) Rücktritt vom Verlöbniß: §§ 1298, 1299 BGB.

f) Ernennung und Abberufung von Gesellschaftsorganen: §§ 146 Abs 2, 147 HGB; 75, 206 Abs 2 AktG; 38, 66 GmbHG usw.

Da der wichtige Grund eine Generalklausel darstellt, kommt es im konkreten Fall besonders auf die Umstände an, nach denen sich die Beurteilung richten muß. Wie sich aber schon aus der beispielhaften Aufzählung der wichtigen Gründe im Gesellschaftsrecht ergibt, muß man zwei Arten des wichtigen Grundes unterscheiden: Den wichtigen Grund, der auf Verschulden¹⁾ beruht, und den wichtigen Grund, der kein Verschulden²⁾ voraussetzt. In jedem Fall ist aber die Grenze des wichtigen Grundes die Zumutbarkeit. So lange eine weitere Geschäftsführung zumutbar erscheint, besteht kein wichtiger Grund zum Widerruf.³⁾ Entscheidend für die Anerkennung eines wichtigen Grundes ist also, ob schuldhaftes Verhalten des Geschäftsführers oder objektive Umstände in der Person des Geschäftsführers oder auf Seiten der Gesellschaft eine weitere Ausübung der Geschäftsführertätigkeit mit den Interessen der GmbH unvereinbar erscheinen lassen. Das Einzelinteresse des Geschäftsführers muß bei der Entscheidung über das Vorliegen eines wichtigen Grundes hinter dem Gesamtinteresse der Gesellschaft zurücktreten.

1) Z.B. grobe Pflichtverletzung

2) Z.B. Unfähigkeit zur Geschäftsführung

3) Hueck, Recht der oHG, S. 81; Weipert, RGRK zum HGB, § 117 Anm 3; Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 3 A - soweit ersichtlich unbestritten.

b) Grobe Pflichtverletzung.

Grobe Pflichtverletzungen im Sinne des § 38 Abs 2 GmbHG setzen immer ein verschuldetes Verhalten des Geschäftsführers voraus. Die wichtigen Gründe zum Widerruf wegen Verschuldens des Geschäftsführers kann man einteilen in die Fälle des Treubruchs, des Mißbrauchs der Organstellung, um sich auf Kosten der GmbH zu bereichern, und der Unverträglichkeit gegenüber Mitgeschäftsführern oder anderen Organen der GmbH. Dabei muß man allerdings festhalten, daß der Mißbrauch der Organstellung, um sich auf Kosten der GmbH zu bereichern, ein besonders verwerflicher Fall des Treubruchs ist, der im Regelfall auch Untreue im Sinne des Strafgesetzbuchs darstellt. Im übrigen bedeutet Trebruch in dem hier verwendeten Sinne grobe Verletzung der der GmbH geschuldeten Treupflicht und ist mit Untreue im Sinne des Strafgesetzbuchs nicht gleichzusetzen.

aa) Der Trebruch.

Die Treupflicht des Gesellschafter-Geschäftsführers folgt aus seinen Beziehungen persönlicher Art als Gesellschafter zur GmbH. Sie beinhaltet die Verpflichtung, jede Schädigung der Interessen

der GmbH und der durch den Gesellschaftszweck umfaßten Interessen der Mitgesellschafter zu unterlassen, und darüber hinaus diese Interessen im Rahmen der durch die Gesellschaft bedingten Tätigkeit zu fördern.¹⁾ Darüber hinaus obliegen dem Gesellschafter-Geschäftsführer bestimmte Treuepflichten als Geschäftsführer, die auch einem Drittgeschäftsführer obliegen. Nach Schilling²⁾ ergibt sich die Treuepflicht aus dem das Rechtsverhältnis zwischen GmbH und Geschäftsführer regelnden Geschäftsführervertrag, der sich als körperschaftlicher Vertrag besonderer Art allein nach Gesellschaftsrecht beurteilt. Die Treuepflicht ergibt sich deshalb aus dem Gesellschaftsrecht. Aber auch wenn man mit der herrschenden Lehre Bestellung und Anstellung streng unterscheidet, kann man die Treuepflicht des

1) Hach.-Schilling, § 14 Anm 27; Hueck, Treuegedanke, S. 15; Bb-Hueck, GmbHG, Überblick zu B vor § 13; Vogel, GmbHG, § 13 Anm 2 b; Scholz, "Austritt und Ausschließung aus der GmbH" in DR 42, 1667 ff; RGZ 164, 257 (262); 169, 330 (334); BGHZ 9, 157 (163); 14, 25 (38).

2) Hach.-Schilling, § 35 Anm 41 und 44.

Geschäftsführers nicht aus dem Anstellungsvertrag herleiten, auch nicht in entsprechender Anwendung der für das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis herausgearbeiteten Grundsätze. So begründet entgegen der Auffassung Schillings¹⁾ auch der BGH²⁾ die Treuepflicht nicht. Die Treuepflicht ergibt sich vielmehr aus der Organstellung des Geschäftsführers, der die Interessen der GmbH wahrzunehmen hat.³⁾ Als Ausfluß der Organstellung ist die Treuepflicht des Geschäftsführers unabhängig vom Anstellungsvertrag.

Als Fall des Treubruchs kann ein wichtiger Grund zum Widerruf vorliegen, wenn der Geschäftsführer sich weigert, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auszuführen, die die wirtschaftliche Sicherung der GmbH bezwecken oder eine Kontrolle der Geschäftsführung ermöglichen sollen.

1) a.a.O.

2) GBHZ 10, 192, wo ausgeführt ist, "weil es sich um ein Dienstverhältnis auf längere Dauer und mit regelmäßig wiederkehrenden Leistungen handelt und einerseits der Geschäftsführer im Gegensatz zum Angestellten in weitgehendem Maße frei von Weisungen des Dienstberechtigten ist, andererseits aber auch in gewissem Umfang von Willensentschlüssen anderer Organe der GmbH abhängig und an die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen gebunden und der Beklagten daher zu besonderer Treue verpflichtet ist," rechtfertigt sich eine Anwendung arbeitsrechtlicher Grundsätze. Ebenso Dennecke, RGRK vor § 611 BGB Anm 5.

3) So wohl Hueck, Treuegedanke, S. 13 und 19. Woraus die Treuepflicht folgt, dazu nimmt Hueck eigentlich nicht Stellung, vgl. Hueck, GmbHG, § 35 Anm 2.

Wenn der Geschäftsführer einen Beschluß torpediert, der seine eigene Überwachung beinhaltet, so kann darin ein wichtiger Grund liegen. Die Kontrolle der Geschäftspolitik und der Geschäftstätigkeit und die Überwachung der laufenden Geschäftsentwicklung berühren berechnigte Interessen der GmbH, so daß diese den Gesellschaftern gesetzlich garantiert ist. Dies gilt um so mehr, wenn die Gesellschafter selbst nicht aktiv in der GmbH tätig sind. Einblick in die Geschäftstätigkeit können sie nur gewinnen, wenn der Geschäftsführer ihre Anordnungen ausführt, z.B. angeordnete vierteljährliche Bilanzen erstellt und Geschäftsberichte erteilt und bestimmte risikoreiche Geschäfte auf Anordnung nur mit Zustimmung der Gesellschafter vornimmt. Eine dauernde Nichteinhaltung dieser Beschlüsse beseitigt jedes Vertrauen in die Geschäftsführung. Die Gesellschafter müssen dauernd befürchten, daß einmal etwas schief geht und sie über Nacht des Wertes ihres Geschäftsanteils verlustig gehen. Die Nichteinhaltung solcher Anweisungen ist deshalb ein wichtiger Grund zum Widerruf.

Ein weiterer Fall des wichtigen Grundes ist es, wenn der Geschäftsführer vorsätzlich Verlustgeschäfte durchführt und das Vermögen der Gesellschaft schädigt. Damit verkeht der Geschäftsführer den Sinn seiner Aufgabe in sein Gegenteil. Er soll das Vermögen der GmbH verwalten, erhalten und gewinn-

bringend einsetzen. Er aber vernichtet die Vermögenswerte. Darin liegt immer grobe Pflichtverletzung.

Weitere Fälle des Treubruchs sind die Errichtung eines Konkurrenzgeschäftes und unerlaubte Konkurrenz.¹⁾ Das Wettbewerbsverbot besteht, obwohl das GmbHG im Gegensatz zu § 79 AktG ein ausdrückliches Verbot nicht statuiert. Es folgt aus der der GmbH geschuldeten Treupflicht.²⁾

Mit der Treupflicht ist es unvereinbar, daß der Geschäftsführer der GmbH Konkurrenz macht. Es besteht immer die Möglichkeit einer Interessenkollision und dieser darf sich der Geschäftsführer nicht aussetzen. Aber auch bei unerlaubter Konkurrenz kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalles an.

1) Liebmann-Saenger, § 38 Anm 4; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 9; Hach.-Schilling, § 38 Anm 12.

2) Bb-Hueck, Anhang nach § 35 Anm 2; Scholz-Hefermehl § 35 Anm 8; Feine in Ehrenburg, S. 482; Dennecke in RGRK zum BGB vor § 611 BGB Anm 4; es besteht aber kein gesetzliches Konkurrenzverbot; §§ 59 ff HGB sind nicht anwendbar, da der Geschäftsführer kein Handlungsgehilfe ist.

Vorbereitungen zur Übernahme eines sogleich nach fristgemäßer Beendigung der Geschäftsführung zu eröffnenden Konkurrenzgeschäfts kann man grundsätzlich nicht als wichtigen Grund betrachten.¹⁾ Mit dem Ausscheiden des Geschäftsführers endet in der Regel seine Treupflicht gegenüber der GmbH. Abweichende Vereinbarungen sind zulässig und möglich. Die zwingenden gesetzlichen Vorschriften des HGB finden auf solche Vereinbarungen keine Anwendung.²⁾ Sie sind aber dann nichtig, wenn sie eine unsittliche Knebelung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit eines Geschäftsführers beinhalten.³⁾

bb) Der Mißbrauch der Organstellung, um sich auf Kosten der GmbH zu bereichern.

Zur Gruppe des Mißbrauchs der Organstellung, um sich auf Kosten der GmbH zu bereichern, gehören die Fälle der Bestechlichkeit⁴⁾, der Annahme von Gratifikationen von Lieferanten der GmbH für den Fall, daß die GmbH beim Lieferanten bestellt, die Fälle der übermäßigen Entnahmen zu persönlichen Zwecken, der übermäßig hohen Vertrauensspesen⁵⁾ und das Akzeptieren von Wechseln auf den Namen der GmbH zur Deckung eigener Schulden.⁶⁾

1) So OLG Hamburg, GmbH RdSch 1914, S. 218

2) So richtig Hach.-Schilling, § 35 Anm 52 Abs 2

3) Krüger-Nieland in RGRK zum BGB, § 138 Anm 28 ff; unbestritten.

4) Hach.-Schilling, § 38 Anm 12; Vogel, § 38 Anm 6; Liebmann-Saenger, § 36 Anm 4; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 9

5) Reichsgericht GmbH RdSch 28, 632

6) Reichsgericht Holdheimer MSchR 06, 18.

Der Geschäftsführer verschafft sich unmittelbar im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit ungerechtfertigte Vorteile aus Gesellschaftsvermögen oder er läßt sich für Bestellungen der GmbH bezahlen. Der Vorwurf, der den Geschäftsführer in jedem Fall trifft, ist das Zusammenwirken mit dem Gegenkontrahenten. Daraus braucht der GmbH konkret kein Schaden entstanden zu sein. Die Wahrnehmung fremder und eigener Interessen statt der alleinigen Interessen der GmbH verleiht das Odium des Unzulässigen und Unzuträglichen. Vor allem weiß man bei Bestechlichkeit nie, ob das eigene Interesse des Geschäftsführers vor einer Schädigung der GmbH zurückschreckt. Die Fälle der Kollusion zum Schaden der GmbH beruhen vielfach auf Bestechlichkeit des Geschäftsführers. Sie bilden immer einen wichtigen Grund, genau wie die Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen, auch wenn es dadurch geschieht, daß ein Geschäftsführer jahrelang in den Räumen der GmbH von den Angestellten der GmbH mit dem Material der GmbH Produkte herstellen läßt, die er auf eigene Rechnung an Dritte verkauft.¹⁾

c) Der wichtige Grund ohne Verschulden
des Geschäftsführers.

Zu den wichtigen Gründen, die nach § 33 Abs 2 GmbHG kein Verschulden gegenüber der GmbH voraussetzen, gehören die Fälle der Unverträglichkeit, der Überschuldung des Geschäftsführers und die körperliche oder geistige Unfähigkeit zur Geschäftsführung und die Untragbarkeit wegen politischer Betätigung.

1) So Bolze 18 Nr.407 für den Vorstand der AG.

aa) Unverträglichkeit des Geschäftsführers.

Meinungsverschiedenheiten und Auseinandersetzungen unter den Geschäftsführern sind nicht zu vermeiden. Sie dürfen aber nicht so weit gehen, daß sich die Geschäftsführer erbittert befeinden, mit ehrenrührigen Vorwürfen sich gegenseitig überhäufen und die Gesellschaftsinteressen ernsthaft gefährden, so daß eine gedeihliche Geschäftsführung nicht mehr gewährleistet ist.¹⁾ Dabei ist es der GmbH nicht zuzumuten, den schuldigen Geschäftsführer festzustellen und nur diesen abzurufen. Im Falle RG, LZ 1909, 76 waren drei Geschäftsführer vorhanden, von denen der eine sich mit den beiden anderen zerstritten hatte. Die Gesellschafter beriefen den einen ab und beließen die zwei anderen, die sich vertrugen. Diese Entscheidung entsprach dem Interesse der GmbH. Das Organ Geschäftsführer war damit wieder voll aktionsfähig. Wer die Differenz verursacht hatte, brauchte die GmbH nicht festzustellen, weil in § 38 Abs 2 GmbHG nicht das Verschulden, sondern die Unzumutbarkeit maßgebend ist. Unzumutbar war nur eine wegen Streitereien unter den Geschäftsführern aktionsunfähige Geschäftsführung. Das Interesse der GmbH geht nur darauf, eine ordnungsgemäße Geschäftsführung herzustellen. Insoweit ist dem RG zuzustimmen. Es darf aber nicht verkannt werden, daß die GmbH sehr wohl verpflichtet sein kann, nur den Schuldigen abzurufen, wenn der

1) Vogel, § 38 Anm 6; Liebmann-Sanger, § 38 Anm 4; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 9; so auch BayObLG, NJW 55, 1678 für den Liquidator der GmbH.

Schuldige feststeht oder ohne Schwierigkeiten festzustellen ist.¹⁾ Das ergibt sich aus der dem Geschäftsführer geschuldeten Treupflicht, die eine Berücksichtigung der Belange des Geschäftsführers erfordert.

Das Recht zum Widerruf der Bestellung bei Streit unter den Geschäftsführern besteht dann nicht, wenn das schwere Zerwürfnis von den Mitgesellschafter-Geschäftsführern verschuldet ist.²⁾ Das Reichsgericht führt dazu aus: "Es geht zu Lasten der Mitgesellschafter-Geschäftsführer, wenn ihre Mehrheit trotz Mißbilligung ihres Standpunktes durch mehrere Urteile an ihrer feindlichen Einstellung festgehalten und durch die beschlossenen Maßnahmen es geradezu darauf abgesehen habe, dem Mitgesellschafter die Verwirklichung seines Sonderrechts zur Geschäftsführung unmöglich zu machen." Dieser Entscheidung ist zuzustimmen. Man wollte unter Verletzung der gesellschaftlichen Treupflicht den Mitgesellschafter von seinem Recht ausschließen, man nützte die Mehrheit gegen ihn und setzte sich über alle Bedenken hinweg, die das Unterliegen im früheren Rechtsstreit bringen mußte. Die Verschärfung der Beziehungen beruhte allein auf dem treuwidrigen Verhalten der Mitgeschäftsführer. Es wäre geradezu eine Belohnung der Treuwidrigkeit gewesen, wenn das Reichsgericht in diesem Fall das Zerwürfnis als wichtigen Grund anerkannt hätte.

1) So richtig Scholz-Hefermehl, a.a.O.

2) RGZ 170, 359 (373)

Aber nicht nur der Streit mit Mitgeschäftsführern, sondern auch ein Zerwürfnis mit anderen Organen genügt, um eine gedeihliche Zusammenarbeit zur Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich erscheinen zu lassen. In RGZ 23, 167 hatte ein Vorstand einer Gewerkschaft sich gegen den kaufmännischen Direktor gewandt, schriftlich die Deputation der beklagten Gewerkschaft gröblichst beleidigt und dadurch seine statutenmäßigen Rechte bei weitem überschritten. Das Reichsgericht stellte fest, daß damit die Pflicht, mit den übrigen Organen zusammenzuwirken, in grober und den Geschäftsgang erheblich gefährdender und schädigender Weise verletzt war, so daß eine weitere Zusammenarbeit mit den übrigen Organen unmöglich wurde. Wenn das der Fall ist, ist es ein wichtiger Grund zum Widerruf. Das Interesse der GmbH fordert eine gedeihliche Zusammenarbeit der Organe der GmbH.

bb) Verlust der Kreditwürdigkeit
des Geschäftsführers.

Zu den Fällen des Verlustes der Kreditwürdigkeit des Geschäftsführers gehören Überschuldung, Konkursöffnung und Differenzgeschäfte. Gleichzustellen ist die Entmündigung wegen Verschwendung.¹⁾

1) Liebmann-Saenger, § 38 Anm 4; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 9; Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 4 a.

Die Überschuldung gilt allgemein als wichtiger Grund. Diesen Fällen gemeinsam ist, daß sich der Geschäftsführer in eigenen Vermögensangelegenheiten nicht als besonders tüchtiger Verwalter erwiesen hat. Da der Geschäftsführer die Kreditwürdigkeit verloren hat, besteht die Gefahr, daß sich die Beurteilung seiner Kreditfähigkeit auf die Beurteilung der von ihm vertretenen GmbH überträgt. Diese Gefahr ist nach der Lebenserfahrung nicht von der Hand zu weisen. Es wirkt sich auch meist geschäftsschädigend aus, da man in die inneren Verhältnisse der GmbH keinen Einblick hat. Der Geschäftsverkehr muß sich auf den äußeren Schein verlassen können. Er tut es sogar, wenn kein Grund dazu bestünde. Die Überschuldung wird daher mit Recht als wichtiger Grund anerkannt. Es ist auch nicht ganz zu vereinbaren, einem Manne, der in eigenen Angelegenheiten keine glückliche Hand bewiesen hat, nun gerade fremde Vermögenswerte zur Verwaltung anzuvertrauen.

Mit dem Hinweis auf RGZ 53, 266 vertritt das genannte Schrifttum die Auffassung, daß die Erhebung des Spieleinwandes bei Differenzgeschäften ein wichtiger Grund zum Widerruf sei. Dagegen wendet Brodmann¹⁾ mit Recht ein, daß der Differenzeinwand gesetzlich zustehe und deshalb keinen wichtigen Grund abgeben könne. Auch Börsenspekulation als solche ist kein wichtiger Grund. Darauf stützt auch das Reichsgericht die Entscheidung nicht, wenn es ausführt, daß ein Spieler sehr häufig nicht die Selbstbeherrschung und Scheu habe, nicht auch ihm anvertrautes Gut dem Spielzwecke, sei es auch nur vorübergehend, dienstbar zu machen und so zu gefährden.

1) Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 4.a.

Es gründet den wichtigen Grund weiter darauf, daß das der GmbH geschuldete Interesse allzusehr durch anderweitige Betätigung in Anspruch genommen werde. Es bestehe die Gefahr, daß der Geschäftsführer auch bei Leitung der GmbH seiner Neigung zur Spekulation nachgeben könne. Eine Spielernatur sei als Verwalter fremden oder eigenen Vermögens ungeeignet. Mit dieser Begründung läßt sich die Entscheidung des Reichsgerichts halten. Es fehlt Spielernaturen gegenüber naturgemäß an dem notwendigen Vertrauen in eine einwandfreie Geschäftsführung.

cc) Unfähigkeit zur Geschäftsführung.

Körperliche oder geistige Unfähigkeit begründen ebenfalls ein Recht zum Widerruf aus wichtigem Grund.¹⁾ Dazu gehören vor allem die Fälle der Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, langdauernde Krankheit, die jede Ausübung der Geschäftsführung unmöglich macht, und länger dauernde Haft²⁾, deren Ende nicht abzusehen ist .

1) Liebmann-Saenger, § 38 Anm 4; Scholz-Hefermehl, § 38 Rd.Nr.9; Hach.-Schilling, § 38 Anm 12.

2) OLG Hamburg, HRR 34 Nr.886; BGHZ 12, 337 (339).

Problematisch sind die in der Fußnote 2 der vorangegangenen Seite genannten Entscheidungen. Das OLG Hamburg (HRR 34, 886) hatte 1933 den Fall zu entscheiden, ob ein sozialdemokratischer Politiker nach Gleichschaltung der Konsumvereine im Sinne des Nationalsozialismus wegen seiner politischen Belastung als unzumutbar aus wichtigem Grunde abberufen werden konnte. Das OLG bejahte den wichtigen Grund, weil die Fortsetzung des Dienstverhältnisses in schroffstem Widerspruch mit der zur Alleinherrschaft gelangten jetzigen Staatsauffassung und der staats- und wirtschaftspolitischen Einstellung der Beklagten und ihrer Mitglieder gestanden habe. Nur hilfsweise wird darauf hingewiesen, daß die Schutzhaft sich schon länger hinziehe und ein Ende nicht abzusehen sei. Ähnlich liegt der Fall BGHZ 12, 337 ff, wo die politische Belastung des Geschäftsführers als wichtiger Grund anerkannt ist. Der Geschäftsführer war seit 1925 Mitglied der NSDAP, Träger des goldenen Parteiabzeichens, seit 1936 Kreisamtsleiter und seit 1942 Kreisrichter. Der BGH erkannte die die Weiterbeschäftigung hindernde Parteizugehörigkeit während des Nationalsozialismus als wichtigen Grund an. Die tatsächliche Weiterbeschäftigung des Geschäftsführers war nicht möglich, da die Stadt als alleiniger Gesellschafter der beklagten GmbH 1945 beschlossen hatte, alle vor 1933 der NSDAP beigetretenen Bediensteten aus ihren Diensten zu entlassen. Wenn aber das OLG Hamburg als Grund

allein die politische Belastung genügen läßt, ohne daß die tatsächliche Weiterbeschäftigung gehindert war, so ist zur rein politischen Justiz kein allzu großer Schritt mehr.¹⁾ Dabei soll nicht verkannt werden, daß es in einem totalitären Regime unzumutbar sein kann, einen bekannten politischen Gegner als Geschäftsführer zu belassen, wenn deshalb wirtschaftliche Nachteile drohen, die im schlimmsten Fall den Ruin der GmbH bedeuten. Unter diesen Gesichtspunkten kann die politische Belastung durchaus ein wichtiger Grund zum Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer sein.

Nicht aber genügt ein Mißtrauensvotum der Gesellschafterversammlung im Gegensatz zum Aktienrecht,²⁾ wo das Mißtrauensvotum ein wichtiger Grund zum Widerruf sein kann, wenn das Mißtrauensvotum nicht von erkennbar unsachlichen Gründen getragen oder willkürlich, haltlos oder wegen des damit verfolgten Zwecks unsittlich ist.

1) Hefermehl bezeichnet die Urteile des BGH als bedauerliche Fehlurteile - vgl. Scholz-Hefermehl § 38 Anm 9 unter Hinweis auf BGH, GmbHRdSch 54, 58 und 107.

2) BGHZ 13, 188 ff mit weiteren Nachweisen; BGHZ 15, 71 ff; in der Neufassung des AktG befindet sich die Regelung jetzt in § 84 Abs 3 Satz 2.

Mit der Anerkennung des Mißtrauensvotums der Hauptversammlung entfällt bei der AG und insoweit auch für die Gesellschaften mbH, die dem Mitbestimmungs- oder Mitbestimmungsergänzungsgesetz unterliegen, für den Aufsichtsrat die Pflicht, das Vorliegen eines wichtigen Grundes nachzuprüfen, wenn das Mißtrauensvotum selbst von berechtigten Gründen getragen ist. Die Hauptversammlung der AG hat keine Möglichkeit, einen Vorstand zu berufen oder abzurufen. Die von der Hauptversammlung unabhängige Machtstellung des Vorstandes findet nur in dem von der Hauptversammlung entgegengebrachten Vertrauen seine Berechtigung.¹⁾ Deshalb ist das berechtigte Mißtrauensvotum immer Widerrufsgrund. Die letzte Entscheidung aber obliegt allein dem Aufsichtsrat. Bei der GmbH liegt das Widerrufsrecht in der Regel bei der Gesellschafterversammlung, die aus wichtigem Grund sogar immer den Widerruf erklären kann.²⁾ Wenn ein wichtiger Grund zum Widerruf vorliegt, so kann die Gesellschafterversammlung selbst die Bestellung widerrufen. Es besteht deshalb kein Bedürfnis, das Mißtrauensvotum als wichtigen Grund anzuerkennen, auch nicht mit der Einschränkung, daß der Vertrauensentzug nicht willkürlich oder aus unsachlichen Gründen erfolgen darf.³⁾

1) BGHZ 13, 192

2) Dazu im einzelnen bei der Zuständigkeit unten Abschnitt E.

3) So richtig Hach.-Schilling, § 38 Anm 14.

Die Beschränkung des Widerrufsrechts auf wichtige Gründe soll dem Geschäftsführer eine sichere und unabhängige Stellung einräumen. Damit würde im Widerspruch stehen, wenn die Gesellschafter für sich jederzeit durch einfachen Mehrheitsbeschluß - über das sachlich nicht nachprüfbare Mißtrauensvotum - ein Widerrufsrecht begründen könnten. Wollte man aber das Mißtrauensvotum als Widerrufsgrund auf die Fälle begrenzen, in denen ein wichtiger Grund vorliegt, so könnte die GmbH trotzdem auf eine konkrete Angabe des wichtigen Grundes verzichten, weil das Mißtrauensvotum als solches ein wichtiger Grund wäre. Damit ist es aber nicht zu vereinbaren, daß das Gericht jederzeit das Vorliegen eines wichtigen Grundes nachprüfen können muß. Man muß deshalb die konkrete Angabe eines wichtigen Grundes verlangen.¹⁾

d) Die Bestimmung besonderer Tatumstände als wichtige Gründe durch Satzung oder Vereinbarung mit dem Geschäftsführer.

Wenn die Satzung gewisse Tatumstände zu wichtigen Gründen erklärt, so wird dadurch der Widerruf der Bestellung erleichtert. Es erfolgt eine Annäherung an die gesetzliche Regel des § 38 Abs 1 GmbHG.

1) Im Ergebnis ebenso Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 1 A; Scholz-Hefermehl, § 38 Rd.Nr.2; Hach.-Schilling, § 38 Anm 14 und BGH, LM § 38 GmbHG Nr.2 für den Fall der zweigliedrigen GmbH, wobei die Gesellschafter gleichzeitig Geschäftsführer sind unter Hinweis auf die mehr persönlichen Beziehungen der beiden Gesellschafter zueinander.

Es ist deshalb zulässig, wenn die Satzung bestimmte Tatumstände zu wichtigen Gründen erklärt.¹⁾ Das gleiche gilt, wenn im Anstellungs- bzw. Geschäftsführervertrag besondere Umstände als wichtige Gründe festgelegt wurden, weil damit die GmbH zum Widerruf bei Vorliegen dieser Gründe schuldrechtlich berechtigt ist.

Umgekehrt ist es unzulässig, das Widerrufsrecht auf bestimmte wichtige Gründe zu beschränken und es im übrigen auszuschließen. Das Recht, ein Dauer- oder Vertrauensverhältnis aus wichtigem Grund zu beenden, ist ein die gesamte Rechtsordnung beherrschender Grundsatz, der von der Rechtsprechung sogar da bejaht wurde, wo eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung fehlt, wie bei langdauernden Pachtverhältnissen²⁾ und beim Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters.³⁾ Aus dem Zweck des Gesetzes, die Beendigung unzumutbar gewordener Dauer- oder Vertrauensverhältnisse zu ermöglichen, ergibt sich, daß das Widerrufsrecht aus wichtigem Grund insoweit zwingend ist und keine Einschränkung zuläßt.⁴⁾

1) Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 3 B; Scholz-Hefermehl, § 38 Rd.Nr.12; Vogel, § 38 Anm 6; KG, JW 39, 492 für den Fall des § 75 AktG.

2) RGZ 94, 234 (236)

3) BGHZ 9, 157 (163)

4) Vgl. oben die Fußnote 1); ebenso für den Handlungsgehilfen: Würdinger in RGRK zum HGB § 70 HGB Anm 9; für den Dienstvertrag: Dennecke in RGRK zum BGB, § 626 Anm 2, mit weiteren Rechtsprechungs-Nachweisen.

Es ist deshalb auch unzulässig, den Widerruf aus wichtigem Grund auf bestimmte wichtige Gründe zu beschränken.¹⁾ Man wird aber Hefermehl²⁾ darin folgen müssen, daß die GmbH dem Geschäftsführer bestimmte Tätigkeiten erlauben kann, die ohne Erlaubnis einen wichtigen Grund zur Abberufung darstellen würden, z.B. die Annahme von Provisionen, den Abschluß von Börsentermingeschäften, die gleichzeitige Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen etc. Die Erlaubnis dieser Geschäfte entkleidet eine entsprechende Tätigkeit des wichtigen Grundes. Nie aber kann das Widerrufsrecht aus wichtigem Grund bei arglistigem Handeln ausgeschlossen werden. Das ergibt sich bereits unmittelbar aus § 276 Abs 2 BGB.

3) Die Wirksamkeit des Widerrufs bei Beschränkung des Widerrufsrechts auf wichtige Gründe.

Wenn der Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund erfolgt, so entsteht in vielen Fällen ein Streit, ob der gegebene Sachverhalt auch wirklich zum Widerruf aus wichtigem Grund berechtigt. Wenn kein wichtiger Grund vorliegt, ist der Geschäftsführer weiter zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt.

1) Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 2 B; Scholz-Hefermehl, § 38 Rd.Nr.13; Liebmann-Saenger, § 38 Anm 2; KG, JW 39, 492 für den Vorstand der AG.

2) Scholz-Hefermehl, a.a.O.

Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann der Geschäftsführer die GmbH nicht mehr vertreten. Er muß sich jeglicher Tätigkeit enthalten. Es fehlt aber für das Recht der GmbH eine positive gesetzliche Regelung, wie ein Geschäftsführer zu behandeln ist, der aus wichtigem Grund abberufen wurde, wenn über das Vorliegen eines wichtigen Grundes Streit besteht. Darf er bis zur rechtskräftigen Entscheidung weiter als Geschäftsführer tätig sein oder muß er sich bis dahin jeder Betätigung enthalten? Kann ihm die GmbH durch einstweilige Verfügung jede Betätigung vorläufig untersagen oder kann der Geschäftsführer durch einstweilige Verfügung erzwingen, weiterhin zur Vertretung und Geschäftsführung zugelassen zu werden? Dabei muß vom Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes der Fall unterschieden werden, daß die GmbH sich bewußt ist, es liegt kein wichtiger Grund vor. Trotz Beschränkung des Widerrufsrechts nach § 38 Abs 2 GmbHG erklärt die GmbH den Widerruf nach § 38 Abs 1 GmbHG ohne wichtigen Grund. Die Wirkungen dieses Widerrufs sollen zunächst erörtert werden (unten a). Er unterscheidet sich vom folgenden (unten b) dadurch, daß ein Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht besteht.

a) Der Widerruf ohne wichtigen Grund.

Die Wirkung des Widerrufs entgegen einer Beschränkung der freien Widerruflichkeit gem. § 38 Abs 2 GmbHG ist umstritten.

Nach Auffassung des RG¹⁾ widerspricht es dem Sinn und Zweck des Gesetzes, daß der Widerruf ohne wichtigen Grund trotz statutarischer Beschränkung des Widerrufsrechts auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes statthaft und wirksam sei und der Geschäftsführer unter allen Umständen auf Entschädigungsansprüche beschränkt sein solle. Nach § 38 Abs 2 GmbHG soll der Geschäftsführer gegen eine willkürliche Ausübung des Abberufungsrechts geschützt werden, ihm soll die fortgesetzte Ausübung der übertragenen Amtsbefugnisse ermöglicht werden, selbst wenn ihn seine Mitgesellschafter durch Mehrheitsbeschluß, aber ohne wichtigen Grund daran hindern wollen. In einer späteren Entscheidung²⁾ führt das Reichsgericht aus, daß sich die beiden Absätze des § 38 GmbHG gegenseitig ausschließen.

Die Auffassungen im Schrifttum sind geteilt. Nach Liebmann³⁾ ist die Grundlage zur Abberufung ausgeschlossen. Erfolge aber der Widerruf trotzdem, so **beende er** Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis. Der Geschäftsführer habe nur Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens. Staub⁴⁾ sieht in der Beschränkung der freien Widerruflichkeit eine reine Gesellschaftsregel, die am Prinzip der freien Widerruflichkeit des § 38 GmbHG nicht rüttelt. Die Geschäftsführer könnten

1) RGZ 44, 95 (99)

2) RG, DJZ 1914, 1109 = RG, LZ 1914, 1762

3) Liebmann, § 38 Anm 3 (unter Ablehnung von RGZ 44, 95 (99); ihm folgend Saenger in Liebmann-Saenger, § 38 Anm 3 und 6

4) Staub, § 38 Anm 2

wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrages anfechten. Der Geschäftsführer sei wirksam abberufen.

Brodmann¹⁾, Crüger²⁾ und auch Staub³⁾ gewähren im Anschluß an RGZ 44, 95 (99) dem Gesellschafter-Geschäftsführer den Anspruch, zur Geschäftsführung und Vertretung zugelassen zu werden. Gegen die Beschränkung auf den Gesellschafter-Geschäftsführer wendet sich Crecelius⁴⁾. Das heißt wohl, daß zunächst die Abberufung wirksam ist, wie es Staub ausdrücklich ausführt⁵⁾. Ob auch Brodmann¹⁾ diese Meinung vertritt, ist nicht eindeutig zu erkennen.

Im neueren Schrifttum fehlt, soweit ersichtlich, eine Stellungnahme zu diesem Problem. Nur Klumpp⁶⁾ erklärt die Abberufung für unzulässig.

1) Brodmann GmbHG, § 38 Anm 4 c

2) In Parisius-Crüger, § 38 Anm 1

3) Staub, § 38 Anm 5; Staub-Hachenburg, § 38 Anm 5; Hachenburg, 5. Aufl., § 38 Anm 5

4) In Crüger-Crecelius, § 38 Anm 2

5) Staub, § 38 Anm 2

6) a.a.O., S. 142

Die trotzdem erklärte Abberufung sei als einseitiges Rechtsgeschäft, das ohne Vertretungsmacht vorgenommen ist, für die Beteiligten grundsätzlich ohne Wirkung (§ 180 Satz 1 BGB). Sie könne wirksam werden, wenn die Voraussetzungen des § 180 Satz 2 BGB gegeben seien.

Die Begründung Klumppps ist nicht haltbar. Wie und wo eine Erklärung ohne Vertretungsmacht vorliegen soll, wenn das zuständige Organ die Abberufung erklärt, ist nicht ersichtlich, Trotzdem wird man im Ergebnis seiner Auffassung zustimmen müssen.

Der Zweck des Gesetzes, das die Möglichkeit der Beschränkung der freien Widerruflichkeit vorsieht, besteht darin, der GmbH die Angleichung ihrer Struktur¹⁾ an die Personengesellschaft zu ermöglichen. Zwar ist die Grundstruktur den Kapitalgesellschaften entnommen, die Möglichkeit einer personalistischen GmbH wurde aber vom Gesetzgeber gerade deshalb vorgesehen, um den Bedürfnissen der Gesellschafter auf nähere persönliche Bindungen Rechnung zu tragen. Nach dem Gesetzeszweck wurde den Gesellschaftern die Möglichkeit eingeräumt, die Struktur der GmbH mehr kapitalistisch oder mehr personalistisch auszugestalten.

1) Vgl. Entwurf I, S. 88

Die Gesellschafter haben in der Beschränkbarkeit der freien Widerruflichkeit eine Art gesetzliches Wahlrecht. Für den Regelfall gilt die freie Widerruflichkeit. Erfolgte aber in der Satzung die Beschränkung des Abberufungsrechts auf wichtige Gründe, so hat die GmbH das Gestaltungsrecht der freien Widerruflichkeit beseitigt. An seine Stelle tritt das Gestaltungsrecht der Abberufung aus wichtigem Grund. Diese Wirkung beruht nicht nur auf dem Gesellschaftsvertrag - auf der statutarischen Beschränkung -, sondern auch auf der sich gegenseitig ausschließenden Regelung der beiden Absätze des § 38 GmbHG. Die erfolgte Abberufung beurteilt sich entweder nach § 38 Abs 1 GmbHG oder nach § 38 Abs 2 GmbHG. Das war der Wille des Gesetzgebers. Die statutarische Beschränkung ist die Ausübung des Wahlrechts der GmbH. So lange sie besteht, gibt es nur das Abberufungsrecht aus wichtigem Grund. Daraus hat das Reichsgericht mit Recht geschlossen, daß sich die beiden Absätze des § 38 GmbHG gegenseitig ausschließen. Wenn die Abberufung ohne wichtigen Grund aber unzulässig ist, dann kann die Abberufung eben ohne wichtigen Grund nicht wirksam erklärt werden. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß bei der Abberufung, entgegen einem Sonderrecht zur Geschäftsführung, bereits der Beschluß gegenüber demsonderberechtigten Geschäftsführer schwebend unwirksam ist, weil ihm das Sonderrecht ohne seine Zustimmung nicht entzogen werden kann.

Die Abberufung, als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, ist bei Beschränkung des Abberufungsrechts auf das Vorliegen wichtiger Gründe unwirksam, unabhängig davon, ob der zugrunde liegende Gesellschafterbeschuß nichtig, anfechtbar oder unwirksam ist.

Die Beschränkung der freien Widerruflichkeit ist aber andererseits nicht Wirksamkeitsvoraussetzung eines gesetzlichen Verbots. Dafür fehlt es schon an einer sonst üblichen Formulierung und Ausdrucksweise.¹⁾ Deshalb ist die Abberufung nach § 38 Abs 1 GmbHG, entgegen einer Beschränkung der freien Widerruflichkeit auf das Vorliegen wichtiger Gründe, nicht nichtig, sondern unwirksam; denn die Abberufung ohne wichtigen Grund ist im Falle der Beschränkung der freien Widerruflichkeit nicht verboten. Die Abberufung ist unwirksam, weil ein Recht zum Widerruf ohne wichtigen Grund nicht besteht.

1) Das Gesetz verwendet meist die Ausdrücke "kann nicht", "kann nur", vgl. Palandt, § 134 Anm 2; anders Enneccerus-Nipperdey, § 190 I 1, der in diesen Fällen von rechtlicher Unmöglichkeit spricht, wobei es einer Anwendung des § 134 BGB nicht bedarf. Im Sinne Nipperdeys handelt es sich um einen Fall rechtlicher Unmöglichkeit: Die GmbH besitzt kein Gestaltungsrecht der freien Widerruflichkeit, sondern nur das Gestaltungsrecht der Abberufung aus wichtigem Grund (Argument aus § 38 Abs 2 Satz 1 GmbHG: Die Zulässigkeit kann beschränkt werden).

Mit der gesetzlichen Wirkung kann die Beschränkung der freien Widerruflichkeit nur als Satzungsbestimmung getroffen werden, Trotzdem muß man genau prüfen, ob eine in der Satzung getroffene Beschränkung eine echte Satzungsbestimmung ist. Sie kann eine rein interne Anordnung für das Abberufungsorgan sein, eine Abberufung nur aus wichtigem Grunde vorzunehmen. Die entgegen dieser Anordnung erfolgte Abberufung verpflichtet das Organ unter Umständen zum Schadenersatz. Die Abberufung selbst ist wirksam. Die gesetzliche Regel greift nicht ein. Sollte die GmbH nur vertraglich (schuldrechtlich) dazu verpflichtet werden und fand die Aufnahme in die Satzung nur bei Gelegenheit statt, so ist eine im Widerspruch dazu erfolgte Abberufung ohne wichtigen Grund eine positive Vertragsverletzung, die zum Schadenersatz (Naturalrestitution) und damit zur Neubestellung verpflichtet, wenn diese Satzungsbestimmung zum Inhalt des Anstellungs- bzw. Geschäftsführervertrages gemacht wurde. Die Abberufung ist bis zur Neubestellung wirksam. Das gleiche gilt bei vertraglicher Beschränkung im Anstellungs- bzw. im Geschäftsführervertrag. Nur die echte Satzungsbestimmung macht die Abberufung ohne wichtigen Grund unwirksam.

b) Der Streit um das Vorliegen eines wichtigen Grundes.

Die Abberufung ohne wichtigen Grund ist unwirksam.¹⁾ Gegen dieses Ergebnis bestehen keine Bedenken, wenn der Mangel des wichtigen Grundes unstreitig feststeht. Wie aber ist die Abberufung zu beurteilen, wenn der Geschäftsführer das Vorliegen eines wichtigen Grundes bestreitet?

Hueck²⁾, Scholz³⁾ und jetzt Hefermehl⁴⁾ vertreten die Auffassung, daß der Rechtsgedanke des § 75 Abs 3 Satz 1 AktG 1937⁵⁾ entsprechend auf den Widerruf der Bestellung des Geschäftsführers anzuwenden sei. Danach wäre der Widerruf der Bestellung wirksam, bis über das Vorliegen des wichtigen Grundes rechtswirksam entschieden ist. Dagegen wendet sich Schilling.⁶⁾ Die Organisation der AG gewährleiste eine sachliche Entscheidung des Aufsichtsrats über den wichtigen Grund. Die Unabhängigkeit und Sachlichkeit des Aufsichtsrats einer AG könne angesichts der häufig personalistischen Struktur der GmbH bei der Generalversammlung nicht vorausgesetzt werden. Dazu komme, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer

1) Vgl. das vorhergehende Kapitel "Der Widerruf ohne wichtigen Grund"

2) Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 2

3) Scholz, 2., 3. und 4. Aufl., § 38 Anm 11

4) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 11

5) jetzt: § 84 Abs 3 Satz 4 AktG 1965

6) Mach.-Schilling, § 38 Anm 10.

seine Abberufung aus wichtigem Grund durch sein Mitstimmen nicht verhindern dürfe,¹⁾ so daß in vielen Fällen eine verlässliche Entscheidung über den wichtigen Grund erst durch den Richter getroffen werden könne. Die Regelung des § 38 Abs 2 GmbHG sei hauptsächlich für die personalistische GmbH gedacht. Eine Annäherung an die Regelung bei der Personengesellschaft sei deshalb sinnvoller als an die aktienrechtliche.²⁾ Vogel³⁾ differenziert zwischen Gesellschafter-Geschäftsführer und Drittgeschäftsführer. Den Drittgeschäftsführer verweist er auf vertragliche oder Schadenersatzansprüche, d.h. im Ergebnis wohl, daß die Abberufung gegenüber dem Geschäftsführer wirksam ist.

Zur Lösung des Problems muß man unterscheiden, ob die Beschränkung der freien Widerruflichkeit als Satzungsbestimmung oder als außerstatutarische Vertragsbestimmung erfolgte. Wenn die freie Widerruflichkeit im Anstellungsvertrag bzw. im Geschäftsführervertrag ausgeschlossen wurde, so liegt darin eine vertragliche Verpflichtung, das Abberufungsrecht ohne wichtigen Grund nicht auszuüben. Das Abberufungsrecht besteht aber. Die Abberufung ist deshalb wirksam. Ein Rechtsstreit um das Vorliegen eines wichtigen Grundes berührt die Wirksamkeit des Widerrufs nicht. Mit der Rechtskraft des Urteils steht fest, daß die GmbH beim Fehlen eines wichtigen Grundes aus positiver Vertragsverletzung Naturalrestitution zu leisten verpflichtet ist.

1) Hach.-Schilling, § 47 Anm 23

2) so auch Wieland II, S. 300

3) Vogel, GmbHG, § 38 Anm 7

Die Naturalrestitution erfolgt durch Neubestellung.

Gegen diese Auffassung können Bedenken erhoben werden, weil es keine Verurteilung zur Stimmabgabe gibt.¹⁾ Auf diese Streitfrage braucht aber hier nicht eingegangen zu werden; denn die Verurteilung zur Neubestellung ist keine Verurteilung zur Stimmabgabe eines oder aller Gesellschafter. Die Verurteilung zur Neubestellung richtet sich auch nicht gegen den oder die Gesellschafter, sondern gegen die GmbH. Die GmbH wird im Urteil zur Neubestellung verpflichtet. Es kommt deshalb auf die Rechtsnatur der Bestellung an. Die Auffassungen in der Literatur reichen vom körperschaftsrechtlichen Vertrag²⁾ über die einseitig empfangsbefähigende Willenserklärung bis zum einseitigen Rechtsgeschäft des körperschaftlichen Sozialrechts,³⁾ das als solches des Empfanges im strengen Sinne nicht bedürfe, sondern es genüge Kenntnissnahme wie bei der Bevollmächtigung.

1) RGZ 112, 273 (279); 119, 386 (389); 133, 90 (95); 160, 257 (262); 165, 68 (78): Weil im Zeitpunkt des Eintretens der Rechtskraft des Urteils die Stimme als abgegeben gilt, was eine abweichende Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung nicht hindere. Mit Bedenken Hach,-Schilling, § 47 Anm 29 und Scholz-Hefermehl, § 47 Anm 8 mit weiteren Nachweisen.

2) Im einzelnen vgl. dazu unten die Literaturangaben zum Abschnitt J I 1: Der Streit um den einheitlichen Geschäftsführer-Vertrag.

3) So insbesondere Feine, a.a.O., S. 470.

Für unser Problem bedarf es einer Entscheidung dieser Streitfrage nicht; denn auch nach Feine liegt ein Rechtsgeschäft vor. Zu jedem Rechtsgeschäft gehört notwendigerweise eine Willenserklärung.¹⁾ Die Verurteilung zur Neubestellung beinhaltet deshalb nach jeder der drei Auffassungen die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, also der Erklärung der Bestellung des Geschäftsführers der GmbH als Wille der GmbH. Diese Willenserklärung gilt mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben (§ 894 ZPO). Mit Rechtskraft des Urteils ist der Geschäftsführer wirksam bestellt, weil die Eintragung der Neubestellung nur deklaratorische Wirkungen hat.²⁾

Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß die Abberufung entgegen einer vertraglichen Verpflichtung, den Widerruf ohne wichtigen Grund nicht zu erklären, wirksam ist, weil die GmbH das Recht zum freien Widerruf besitzt. Sie verstößt aber gegen die vertragliche Verpflichtung, wenn kein wichtiger Grund vorliegt. Der Rechtsstreit um das Vorliegen eines wichtigen Grundes geht darum, ob die GmbH aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zur Neubestellung verpflichtet ist. Die Verpflichtung zur Neubestellung berührt die Wirksamkeit des erfolgten Widerrufs nicht.

1) RGZ 157, 228 (233); Palandt, Überblick vor § 104 BGB Anm 2 a; unrichtig aber RGZ 68, 324 und Motive I S. 126, wo die Willenserklärung mit dem Rechtsgeschäft gleichgesetzt wird.

2) BGH, BB 60, 880; Bb-Hueck, GmbHG, § 31 Anm 2 C - unbestritten.

Der Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) steht diesem Ergebnis in der Regel nicht entgegen. Die Abberufung entgegen einer vertraglichen Beschränkung des Widerrufsrechts auf wichtige Gründe ist keine Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung,¹⁾ weil § 38 Abs 1 GmbHG die freie Widerruflichkeit als Ausgleich für die unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht vorsieht und die lediglich vertraglich erfolgte Beschränkung des Widerrufs auf wichtige Gründe im gesetzlichen Grundgedanken unberührt läßt. Das gleiche gilt für die Verwirkung durch gegensätzliches Verhalten, weil die nur vertraglich vorgenommene Beschränkung der freien Widerruflichkeit die gesetzliche Regelung aufrecht erhält. Ein *venire contra factum proprium*²⁾ liegt ebenfalls nicht vor, weil aus der vertraglichen Beschränkung der freien Widerruflichkeit nicht der Schluß gezogen werden kann, daß das Widerrufsrecht nach § 38 Abs 1 GmbHG nicht ausgeübt werden wird; denn die Regelung des § 38 Abs 2 GmbHG läßt ein dahingehendes Vertrauensverhältnis nicht entstehen.

1) Staudinger-Weber § 242 BGB Anm D 48, 83 ff; Ein Fall der sog. *exceptio doli generalis* oder *praesentis*.

2) Vgl. Staudinger-Weber § 242 BGB Anm D 323 ff.

Bei einer satzungsmäßigen Beschränkung der freien Widerruflichkeit würde nach den obigen Ausführungen die Abberufung nur wirksam sein, wenn wirklich ein wichtiger Grund vorlag. Sie wäre unwirksam, wenn das Vorliegen eines wichtigen Grundes verneint wird. Wie soll aber in der Zwischenzeit verfahren werden? Muß der Geschäftsführer sich jeder Tätigkeit für die Gesellschaft enthalten, oder muß die GmbH eine weitere Tätigkeit dulden? Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob zur Abberufung die Gesellschafterversammlung zuständig ist oder nicht.

Fischer¹⁾ und Hefermehl²⁾ bejahen grundsätzlich die Wirksamkeit des abberufenden Gesellschafterbeschlusses, dessen Wirksamkeit nur durch Anfechtungsklage beseitigt werden könne. Sie folgern daraus, eine entsprechende Anwendung des § 75 Abs 3 Satz 4 AktG³⁾ könne gar nicht in Frage kommen, weil die Abberufung als solche wirksam sei.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Es ist zuzugeben, daß sich jeder Gesellschafterbeschuß nach den besonderen gesetzlichen Regeln über Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit beurteilt. Der Widerruf aber ist nicht nur ein die Abberufung aussprechender Gesellschafterbeschuß, sondern empfangsbedürftige Willenserklärung. Der Abberufungsbeschuß ist nur ein Teilakt der Willenserklärung, nämlich der Akt der Willensbildung. Die Abberufung als solche ist aber mehr. Als Willenserklärung besteht sie aus Wille und Erklärung.

1) Fischer, Dr. Robert, Festschrift für Walter Schmidt, "Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem", S. 117 ff (122)

2) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 11

3) Jetzt: § 84 Abs 3 Satz 4 AktG 1965

Die Frage der Anfechtbarkeit, Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Abberufungsbeschlusses gibt als solche nur darüber Auskunft, ob die Willensbildung durch Beschluß wirksam vollzogen ist. Sie sagt aber nichts darüber aus, ob der Widerruf als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung bei wirksamer Willensbildung der GmbH nach § 38 Abs 2 GmbHG wirksam ist. Es ist auch nicht ganz einzusehen, warum die Abberufung durch Beschluß der Gesellschafterversammlung zunächst trotz Beschränkung der Zulässigkeit auf wichtige Gründe in der Satzung wirksam sein soll, während die Abberufung durch einen eventuell zuständigen Aufsichtsrat wohl zunächst unwirksam wäre, wenn man nicht den Gedanken des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG für anwendbar hielte. Eine unterschiedliche Beurteilung des Widerrufs, je nach dem ob er von der Gesellschafterversammlung oder einer anderen Stelle beschlossen wurde, ist nicht gerechtfertigt.¹⁾

Die Abberufung ohne wichtigen Grund ist im Falle des § 38 Abs 2 GmbHG unwirksam. Beim Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist deshalb die Anwendbarkeit des Gedankens aus § 84 Abs 3 Satz 4 AktG zu prüfen. Dabei ist die Zulässigkeit der Analogie²⁾ zu § 84 Abs 3 Satz 4 AktG von der weiteren Frage zu unterscheiden, ob eine analoge Anwendung auch auf das Sonderrecht zur Geschäftsführung in Frage kommt.

1) Die Auffassung von Hefermehl selbst ist widersprüchlich. In § 46 Anm 1 letzter Satz vertritt Hefermehl die Auffassung unter Hinweis auf Hachenburg-Schmidt, daß die Beschlüsse des substituierten Organs selbst anfechtbar seien. Wenn aber dafür ebenfalls die §§ 241 ff AktG entsprechend anwendbar sind, kann eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich der Wirksamkeit nicht in Frage kommen.

2) Zur Analogie vgl. Larenz NJW, 65, 1 ff (4); Larenz, Methodenlehre, S. 243 ff.

In dem Zweck des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG, aus Gründen des Rechtsverkehrs und der Rechtssicherheit den Schwebezustand vorläufig zu Gunsten der AG zu regeln, der durch den Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes entstanden ist, liegt eines der wesentlichen Tatbestandsmerkmale. Darauf kann sich eine Analogie stützen. Die Einwände Schillings¹⁾ sind sicher richtig. Sie beruhen auf der Wesensverschiedenheit der Stellung des Geschäftsführers einer GmbH im Vergleich zum Vorstand der AG. Sie betreffen aber im Prinzip nicht die Frage, wie Handlungen eines Geschäftsführers zu beurteilen sind, die der Geschäftsführer für die GmbH vorgenommen hat, bis das Urteil das Vorliegen eines wichtigen Grundes feststellt. Der Widerruf wäre dann wirksam gewesen. Die Rechtsgeschäfte wären daher von einem Organ vorgenommen, das nicht mehr Organ war. Der Rechtsverkehr ist zwar im Rahmen des § 15 HGB geschützt, die GmbH aber müßte diese Handlungen gegen sich gelten lassen,

1) Hach.-Schilling, § 38 Anm 10.

Wenn es für die GmbH unzumutbar ist, den Geschäftsführer in seiner Stellung zu belassen, so ist es ihr auch unzumutbar, von einem unzumutbaren Organ im Rechtsverkehr "vertreten" zu werden. Das ist der rechtspolitische Hintergrund, der zur Regelung des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG führte. Die Interessen der Gesellschaft werden in diesem Zwischenstadium höher eingeschätzt als das Interesse des Vorstandes. Dies gilt entsprechend für den Geschäftsführer. Die Interessen des Geschäftsführers sind den Interessen der GmbH unterzuordnen. Eine Analogie ist deshalb zulässig und geboten. Der Vorzug der Auffassung Schillings soll dabei nicht übersehen werden: Die Regelung des Zwischenzustandes durch einstweilige Verfügung ist elastischer. Sie könnte berechnete Interessen des Geschäftsführers besser berücksichtigen. Dagegen spricht aber, daß der Gesetzgeber im ähnlich gelagerten Fall der Abberufung des Vorstandes der AG allein auf die Interessen der AG abgestellt hat. Der Einwand Hefermehls, das sei ein Verfahrensluxus, wäre noch kein entscheidendes Argument. Das Verfahren der einstweiligen Verfügung ist immer ein gewisser Verfahrensluxus. Es wäre aber erforderlich zur Regelung eines einstweiligen Zustandes bis zur rechtskräftigen Entscheidung.

1) Hefermehl in Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 11.

Fischer¹⁾ verneint die Zulässigkeit der Analogie zu § 75 Abs 3 Satz 4 AktG 1937 (jetzt § 84 Abs 3 Satz 4 AktG 1965) im Falle des Sonderrechts zur Geschäftsführung. Der gegen das Sonderrecht zur Geschäftsführung verstoßende Gesellschafterbeschuß sei unwirksam und könne auch nicht über eine Analogie zu § 75 Abs 3 Satz 4 AktG 1937 wirksam werden. Im übrigen verweist Fischer auf die Argumente Schillings.²⁾

Die Begründung Fischers erscheint nicht schlüssig. Nach § 75 Abs 3 Satz 4 AktG 1937 (jetzt § 84 Abs 3 Satz 4 AktG 1965) ist nicht der Widerrufsbeschuß, sondern die Abberufung als solche als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam (Analogie). Die Wirksamkeit des Widerrufsbeschlusses wird davon nicht berührt und beurteilt sich allein nach §§ 241 ff AktG analog.³⁾ Im übrigen besteht der gleiche Schwebezustand im Falle des Sonderrechts zur Geschäftsführung; denn auch das Sonderrecht zur Geschäftsführung muß einem wichtigen Grund weichen. Die Tatsache, daß beim Sonderrecht zur Geschäftsführung der Widerrufsbeschuß unwirksam ist, weil ein Sonderrecht nicht ohne Zustimmung des sonderberechtigten Gesellschafters entzogen werden kann,⁴⁾ bildet keinen Unterschied für das die Analogie begründende Wesensmerkmal, nämlich die Regelung des Schwebezustandes. Der vorläufige Ausschluß von der Geschäftsführung greift in die Mitgliedschaftsrechte weiter nicht ein. Der sonderberechtigte Gesellschafter kann seine Gesellschafterinteressen ungestört als Gesellschafter wahrnehmen. Die Interessenlage zwischen GmbH und sonderberechtigtem Geschäftsführer ist gleichgeartet und rechtfertigt deshalb auch hier die Analogie.

1) Fischer, Festschrift für Schmidt, S. 117 ff (122)

2) vgl. Kapitel "Der Streit um das Vorliegen eines wichtigen Grundes"

3) vgl. Abschnitt G, "Der fehlerhafte Abberufungsbeschuß".

4) Scholz-Hefermehl, § 14 Anm 14; Hach.-Schilling, § 14 Anm 19; Bb.-Hueck, Überbl. vor § 13; § 35 BGB; § 53 Abs 3 GmbHG und aus der Natur der Sache; vgl. RGZ 148, 175 (186); BGHZ 15, 178 (181).

IV. Die Abberufung des Geschäftsführers
der "mitbestimmten" GmbH.

Mitbestimmungs- und Mitbestimmungsergänzungs-
gesetz verweisen für die Abberufung des Geschäfts-
führers auf § 84 AktG.¹⁾ Daraus folgt zweierlei:
Der Geschäftsführer wird in der Regel auf 5 Jahre
bestellt. Mit Zeitablauf endet sein Amt, ohne daß
es einer Abberufung bedarf.²⁾

Eine Abberufung kommt deshalb nur in Frage, wenn
ein Geschäftsführer während seiner 5-jährigen Amts-
zeit abberufen werden soll. Die Abberufung ist durch
§ 84 Abs 3 Satz 1 AktG auf wichtige Gründe beschränkt.
Insoweit gilt nichts besonderes, Abweichungen können
sich allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Zumut-
barkeit³⁾ ergeben. Ein wichtiger Grund fehlt auch
dann, wenn das Amt des Geschäftsführers in Kürze
durch Zeitablauf endet, und die Belassung des Ge-
schäftsführers bis zu diesem Zeitpunkt der GmbH
zugemutet werden kann.

1) § 12 MitbestG; § 13 MitbestErgG

2) Boldt, MitbestG, § 12 Anm 4 c

3) Boldt, MitbestG, § 12 Anm 5; Bb-Hueck,
AktG (1937), § 75 Anm 5 c.

Diese Grundsätze finden auch auf den Arbeitsdirektor¹⁾ Anwendung, der als gleichberechtigtes Mitglied des Vertretungsorgans zu bestellen ist (§ 13 Abs 1 Satz 1 MitbestG; § 13 Satz 1 MitbestErgG i.V. mit § 13 Abs 1 Satz 1 MitbestG).

Er hat die gleichen Rechte und Pflichten im Rahmen der Gesamtgeschäftsführung. Die faktische Aufgabenteilung nach kaufmännischem, technischem und sozialem Bereich²⁾ bei mehrgliedriger Geschäftsführung berührt die Gesamtverantwortung nicht. Auch der Arbeitsdirektor wird auf höchstens 5 Jahre bestellt. Während seiner Amtszeit kann er nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Die wichtigen Gründe sind die gleichen. Die Zuständigkeit des Arbeitsdirektors für den sozialen Bereich begründet keine unterschiedliche Behandlung.

1) Über Abweichungen hinsichtlich der Mehrheitsanfordernisse vgl. unten

2) Vgl. z.B. den Organisationsplan in Blumenthal, S. 59.

D Die Grenzen des Abberufungsrechts.

Wenn man die Grenzen des Abberufungsrechts betrachtet, muß man mit dem Gesetz die Grenzen der freien Widerruflichkeit und die Grenzen des Abberufungsrechts aus wichtigem Grund unterscheiden. Als allgemeine Grenzen des Abberufungsrechts sind zu nennen: Das Schikane-Verbot, der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, der Sittenverstoß und die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Das gilt besonders auch für das Recht zum freien Widerruf nach § 38 Abs 1 GmbHG.¹⁾

Soweit ersichtlich, nimmt zu diesem Problem die Literatur nicht Stellung. Ausführlich werden nur Gesetzwidrigkeit und Sittenwidrigkeit eines Gesellschaftersbeschlusses behandelt. Der Abberufungsbeschluß als solcher ist aber nur der Akt der Willensbildung, der zu seiner Wirksamkeit noch der Erklärung gegenüber dem abzubrufenden Geschäftsführer bedarf.²⁾

1) So ausdrücklich Scholz-Hefermehl § 38 Anm 5 unter Hinweis auf BGB, GmbHRdSch, 54, 91; gegen Hach.-Schilling § 38 Anm 3, Bb-Hueck § 38 Anm 2 A; Vogel § 38 Anm 4; Hefermehl weist zu Recht darauf hin, daß auch die freie Widerruflichkeit ihre Grenzen im Verbot der Willkür und der Schikane findet.

2) Zu der Frage, wer die Abberufung zu erklären hat, vgl. Abschnitt E VII Seite 151 ff.

Er wirkt als Akt der Geschäftsführung nur nach innen.¹⁾ Als Manifestation eines einheitlichen Gesamtwillens bindet der Abberufungsbeschluß die GmbH und ihre Organe. Fehlt es bereits an einem Gesamtwillen²⁾ der GmbH, ist die erklärte Abberufung wegen Fehlens des Abberufungsbeschlusses unwirksam. Die Abberufung kann als Akt der Vertretung nach außen mit Wirkung für und gegen die GmbH auch bei fehlendem Abberufungsbeschluß wirksam erklärt werden. Da kein Abberufungsbeschluß vorliegt, fehlt im Innenverhältnis die Berechtigung zur Erklärung der Abberufung. Den auf diese Weise abberufenen Geschäftsführer bindet im Verhältnis zur GmbH und den Gesellschaftern nur ein Abberufungsbeschluß der Gesellschafter.

1) Hach.-Schmidt § 45 GmbHG Anm 5.

2) Über die Folgen eines fehlerhaften Abberufungsbeschlusses und die Beurteilung einer darauf gestützten Abberufung vgl. Abschnitt G.

Daher kann er sich auf das Fehlen eines solchen Beschlusses der GmbH, den Gesellschaftern und den Mitgeschäftsführern gegenüber berufen. Das bedeutet, daß er im Verhältnis zur GmbH und ihren Organen weiterhin zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt ist.¹⁾ Es ist aber auch denkbar daß der Abberufungsbeschluß formell und materiell in Ordnung ist, die Abberufung als solche trotzdem gegen die allgemeinen Grenzen jedes Rechtsgeschäfts verstößt. Es ist deshalb zunächst die Frage zu klären, ob neben der gesetzlichen Regelung der Sittenwidrigkeit und Gesetzwidrigkeit der Beschlußfassung die Abberufung als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung nach den §§ 134, 138 BGB gesetz- oder sittenwidrig sein kann. Dieses Problem tritt nicht auf, wenn die Ausübung des Abberufungsrechts einem anderen Organ als der Gesellschafterversammlung übertragen wurde weil das Gesetz in den §§ 241 ff AktG nur die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Hauptversammlung²⁾ kennt. Alle übrigen Beschlüsse von Gesellschaftsorganen beurteilen sich nur nach den allgemeinen Vorschriften.³⁾

1) Die Wirksamkeit der Abberufung ist von der Eintragung ins Handelsregister unabhängig; Bb-Hueck § 39 GmbHG Anm 2 C.

2) Eine Ausnahme macht lediglich die Feststellung des Jahresabschlusses durch Vorstand und Aufsichtsrat (§ 256 Abs 1 und 2 AktG)

3) Unbestritten im Aktienrecht, vgl. Schilling in GroßK zum AktG § 195 Anm 5; aber anders für das substituierte Organ: Scholz-Hefermehl § 45 Anm 1; Hach,-Schmidt § 45 Anm 52; § 46 Anm 13.

Auf die GmbH angewendet bedeutet es, daß der Abberufungsbeschluß der Gesellschafterversammlung in Analogie zu § 241 ff AktG gesetzwidrig oder sittenwidrig sein kann. Deshalb bedarf es insoweit einer Klarstellung, ob die Abberufung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nach den allgemeinen Regeln beurteilt werden kann.

I. Die Möglichkeit des Ausschlusses der §§ 134, 138 BGB durch die §§ 241 ff AktG.

Eine Stellungnahme zu diesem Problem findet sich, soweit ersichtlich, nirgends in Lehre und Rechtsprechung. Der BGH¹⁾ sagt in einer Entscheidung am Schluß des zweiten amtlichen Leitsatzes: "Auch wenn die Abberufung selbst sittenwidrig ist oder gegen Treu und Glauben verstößt, ist die rechtliche Anerkennung zu versagen."

Darin kommt zum Ausdruck, daß der Widerruf als solcher gesetz- bzw. sittenwidrig sein kann. Der BGH hat sich nicht weiter mit dieser Frage beschäftigt; denn es ging allein darum, ob das Mißtrauensvotum der Hauptversammlung als solches allein immer einen wichtigen Grund zum Widerruf der Bestellung des Vorstandes der AG darstellt.²⁾ Im übrigen betrifft auch diese Entscheidung einen anderen Fall: Bei der AG übt das Widerrufsrecht der Aufsichtsrat aus (§ 84 Abs 3 Satz 1 AktG). Auf den Beschluß des Aufsichtsrats, den Widerruf zu erklären, finden die §§ 241 ff AktG keine Anwendung, so daß eine Konkurrenz zwischen den §§ 134, 138 BGB und den §§ 241 ff AktG nicht möglich ist.

1) BGH in GmbHRdSch 54, S.91 = BGHZ 13, 188 ff

2) Jetzt in § 84 Abs 3 Satz 2 ausdrücklich geregelt.

Die Frage der Konkurrenz stellt sich aber bei der Abberufung des Geschäftsführers der GmbH; denn darüber beschließt die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr.5, § 47 GmbHG).

Die §§ 241 ff AktG¹⁾ bringen eine abschließende Regelung der Gesetz- und Sittenwidrigkeit²⁾ für die Beschlüsse der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung. Mit der Kodifizierung im AktG von 1965 wurde die Entwicklung der Rechtsprechung bis zu diesem Zeitpunkt zum Abschluß gebracht; denn es hatte sich herausgestellt, daß die allgemeinen Grundsätze des BGB den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit nicht mehr gerecht wurden. Daher kennt das Gesetz eine beschränkte Heilung der Nichtigkeit (§ 242 AktG). Deshalb gilt auch der Grundsatz, daß ein Beschluß im Zweifel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar ist. Die §§ 241 ff AktG enthalten aber nach ihrer Entstehungsgeschichte und nach ihrem Inhalt nur eine Sonderregelung für Beschlüsse. Die Gesetz- und Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften, die aufgrund eines Beschlusses der Hauptversammlung vorgenommen werden, wird von diesen Vorschriften nicht erfaßt. Das Gesetz enthält sich auch jeder Regelung der Rückwirkung³⁾ der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit eines Beschlusses auf ein darauf aufbauendes Rechtsgeschäft mit einem Dritten oder auch mit einem Anfechtungsberechtigten gem. § 245 AktG.

1) Früher §§ 195 ff AktG von 1937

2) Ausnahmen nur bei sittenwidriger Schädigung eines außenstehenden Dritten, da dieser nicht anfechtungsberechtigt ist (§ 245 AktG) und somit rechtlos wäre (vgl. BGHZ 15, 382 ff)

3) Der Fragenkreis ist äußerst bestritten, vgl. Schmidt in GroßK zum AktG 1937, zu § 200, Anm 5 und 6 und Godin-Wilhelmi, § 248 Anm 3; für die Fragestellung aber nicht maßgebend.

Daraus ist zu schließen, daß die §§ 134, 138 BGB und die §§ 241 ff AktG nicht in Konkurrenz zueinander treten; denn die Regelung der Gesetz- und Sittenwidrigkeit wird jeweils auf verschiedenen rechtlichen Ebenen getroffen. Die §§ 134, 138 BGB erfassen die Abberufungserklärung, die ein Akt der Vertretung der Gesellschaft ist. Die §§ 241 ff AktG regeln die Sittenwidrigkeit des Abberufungsbeschlusses, der ein Akt der Geschäftsführung der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung ist. Die Gesetz- und Sittenwidrigkeit unterliegt deshalb auch verschiedenen Regelungen.

Zwar kann ausnahmsweise die Nichtigkeit des Beschlusses auch zur Nichtigkeit der Abberufungserklärung¹⁾ führen, die Gesetz- und Sittenwidrigkeit der Abberufungserklärung beurteilt sich jedoch als Rechtsgeschäft allein nach den §§ 134, 138 BGB.²⁾

1) So BGH 11, 2 31 (242) für den Fall, daß der Aufsichtsrat einer GmbH durch einen nichtigen Beschluß bestellt wurde; nach BGH ist dann auch die vom Aufsichtsrat ausgesprochene Abberufung des Geschäftsführers nichtig, weil dem Aufsichtsrat die Legitimation zur Ausübung seines Amtes fehlte. Ablehnend: Schmidt in GroßK zum AktG 1937, zu § 200, Anm 6 und Godin-Wilhelmi, zu § 248, Anm 3. Beide Ansichten beziehen sich ausdrücklich jedoch nur auf die "Aktiengesellschaft".

2) So Hueck, GmbHG, Anhang zu § 47, Anm 5 D, der ausdrücklich für diese Wirkung eintritt.

II. Die allgemeinen Grenzen des Abberufungsrechts.

1) Das gesetzliche Verbot.

Ein gesetzliches Verbot der freien Widerruflichkeit findet sich in § 12 MitbestG und in § 13 MitbestErgG. Nach diesen Bestimmungen ist der Widerruf der Bestellung nur gem. § 84 AktG ¹⁾ zulässig. § 84 AktG beschränkt aber das Widerrufsrecht auf wichtige Gründe. Die Bestellung kann nur aus wichtigem Grund widerrufen werden. Die entgegengesetzte Vorschrift des § 38 Abs 1 GmbHG wurde in § 2 MitbestG, § 2 MitbestErgG i.V. mit § 2 MitbestG ausgeschlossen. Zwar fehlt für die nicht unter § 2 des MitbestErgG fallenden "herrschenden Unternehmen" eine Verweisung auf § 2 MitbestG. Auch fehlt eine dem § 2 MitbestG entsprechende Bestimmung. Das Gesetz verweist aber zwingend für die Abberufung auf § 84 AktG ²⁾. Das Gesetz versagt also das Abberufungsrecht ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes.

1) Gem. § 29 Abs 2 EGAktG tritt § 84 AktG als entsprechende Vorschrift an die Stelle des in § 12 MitbestG und in § 13 MitbestErgG genannten § 75 AktG von 1937.

2) § 13 i.V. mit § 3 Abs 1 Satz 1 MitbestErgG

Es will dem Geschäftsführer damit eine ähnliche leitende Stellung einräumen, wie sie der Vorstand bei der AG besitzt.

Die Vorschriften des MitbestG und des MitbestErgG sind im öffentlichen Interesse erlassen und der Dispositionsbefugnis der Beteiligten entzogen. Sie sind deshalb zwingend. Abweichende Parteivereinbarungen sind vom Gesetz nicht zugelassen und deshalb nichtig. Auch die Abberufung ohne wichtigen Grund ist gesetzwidrig und nichtig; denn nur die Folge der Nichtigkeit wird den im öffentlichen Interesse erlassenen Vorschriften des MitbestG und des MitbestErgG gerecht.

Anders liegt es im Fall der Beschränkung der freien Widerruflichkeit gem. § 38 Abs 2 GmbHG auf wichtige Gründe. Wie wir festgestellt haben, ist die Abberufung ohne wichtigen Grund unzulässig und deshalb unwirksam, nicht aber nichtig. Der Unterschied rechtfertigt sich daraus, daß nach dem Zweck und Sinn der Vorschrift des § 38 Abs 2 GmbHG dem Geschäftsführer eine stärkere Stellung eingeräumt werden können soll. Diese Vorschrift will nur die Möglichkeit des Ausschlusses der freien Widerruflichkeit eröffnen.

Für die Rechtsgemeinschaft besteht kein Bedürfnis, einen entgegen der Beschränkung auf wichtige Gründe erfolgten Widerruf als von Anfang an nichtig anzusehen¹⁾; denn die freie Widerruflichkeit ist nicht generell ausgeschlossen. Dem Zweck des Gesetzes wird die Folge der Unwirksamkeit genauso gerecht, während den Zweck des § 84 AktG und der Vorschriften des MitbestG nur die Nichtigkeit erfüllt. Hier ist zwingend, daß nur aus wichtigem Grund widerrufen werden kann. Wenn sich die Gesellschaft dessen bewußt ist und auch weiß, daß kein wichtiger Grund vorliegt und auch das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht behauptet, dann liegt auch kein Grund vor, nach § 84 Abs 3 Satz 4 AktG den erfolgten Widerruf als wirksam zu behandeln. Diese Vorschrift setzt voraus, daß zumindest ein wichtiger Grund behauptet und Umstände für das Vorliegen eines wichtigen Grundes dargetan werden. Die Richtigkeit der unterschiedlichen Folgen im Falle des § 38 Abs 2 GmbHG oder des § 84 Abs 3 AktG ergibt sich auch aus folgender Überlegung: In § 38 GmbHG hat es der Gesetzgeber in die Disposition der Gesellschaft gestellt, ob die Abberufung nur aus wichtigem Grund oder frei erfolgen kann. Ein Verstoß dagegen verletzt deshalb nicht so sehr die Interessen der Rechtsgemeinschaft als die Interessen des Geschäftsführers, der im Falle des § 38 Abs 2 GmbHG grundsätzlich einen Anspruch darauf hat, zur Geschäftsführung und zur Vertretung zugelassen zu werden. Die Interessen des Geschäftsführers sind auch bei der Annahme der Unwirksamkeit gewahrt mit der Folge, daß mit seiner Zustimmung die Abberufung nach § 38 Abs 1 GmbHG wirksam werden kann.

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 190; Palandt, § 134 Anm 2 a; RGRK zum BGB, § 134 Anm 6.

Ein gesetzliches Verbot der Abberufung aus wichtigem Grund gibt es nicht. Es wäre auch systemwidrig. Eine sehr starke Einschränkung der Abberufung aus wichtigem Grund findet sich in § 13 MitbestG. Der Arbeitsdirektor, der als gleichberechtigter Geschäftsführer bestellt werden muß, kann nicht gegen die Mehrheit der nach § 6 MitbestG gewählten Aufsichtsratsmitglieder abberufen werden. Die Abberufung aus wichtigem Grund ist nur wirksam, wenn die Mehrheit dieser Aufsichtsratsmitglieder zustimmt oder wenn eine gegenteilige Ausübung des Stimmrechts als Machtmißbrauch nach Inhalt, Zweck und Beweggrund wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist. Der wichtige Grund muß deshalb nicht nur vom Standpunkt der Interessen des Kapitals, sondern auch vom Standpunkt der vielfach entgegengesetzten Interessen der Arbeitnehmer vorliegen. Die Polemik von Hefermehl¹⁾ ist nicht ganz verständlich. An sich besagt das Gesetz nur, daß die Fortsetzung des Geschäftsführerverhältnisses dann unzumutbar ist, wenn auch vom Standpunkt der gleichgestellten Arbeitnehmerinteressen ein wichtiger Grund vorliegt. Ein praktikables Anzeichen statuiert das Gesetz in der Zustimmung der Mehrheit der Arbeitnehmer-Vertreter im Aufsichtsrat. Ob im Einzelfall wirklich ein wichtiger Grund vorliegt, muß das Gericht bei Zustimmung der Mehrheit auf Klage des Arbeitsdirektors feststellen. Bei Ablehnung der Mehrheit steht der GmbH die Klage auf Feststellung offen, ob die Ablehnung unzulässige Rechtsausübung oder sittenwidriger Machtmißbrauch ist.

1) Scholz-Hefermehl, § 6 Anm 70.

Vom Ergebnis her hat sich durch das MitbestErgG daran nichts geändert. Es dürfte immer unzulässige Rechtsausübung oder in groben Fällen sittenwidriger Machtmißbrauch sein, wenn die Arbeitnehmer-Vertreter gegen die Abberufung stimmen, obwohl objektiv und nach ihrer persönlichen Überzeugung auch vom Standpunkt der Arbeitnehmerinteressen eine Fortsetzung des Geschäftsführerverhältnisses unzumutbar ist. Auf der anderen Seite liegt ein wichtiger Grund zur Abberufung der Bestellung des Arbeitsdirektors nur vor, wenn auch unter gleichberechtigter Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen Unzumutbarkeit zu bejahen ist.

2) Das Schikaneverbot.

Ein Verstoß gegen das Schikaneverbot dürfte im Widerruf der Bestellung nur in den seltensten Fällen vorliegen. Die Voraussetzungen des § 226 BGB sind sehr eng. Er liegt nur dann vor, wenn es sich erweist, daß für die GmbH jeder andere Zweck als der der Benachteiligung des Geschäftsführers ausgeschlossen war.¹⁾ Das trifft nur zu, wenn nach der objektiven Rechtslage kein anderer Beweggrund als der der Schadenszufügung gegeben sein kann. Das Schikaneverbot gilt auf allen Rechtsgebieten,²⁾ deshalb auch im Gesellschaftsrecht.

1) RGZ 69, 376 (380); 138, 373 (375); JW 1905, 388 Nr.4; Warn.1909,Nr.188; 1912,Nr.10; 1918,Nr.12; 1920,Nr.47; 1928,Nr.132; RGRK zum BGB, § 226 Anm 5; Palandt, § 226 Anm 1.

2) RG, Gruchot 51, 820 (824); RGRK zum BGB, § 226 Anm 6; Palandt, § 226 Anm 1.

Die GmbH hat immer berechnigte Interessen, wenn sie aus wichtigem Grund widerruft, auch wenn über das Vorliegen eines wichtigen Grundes Streit besteht. Auch bei Ausübung des freien Abberufungsrechts hat die GmbH normalerweise berechnigte Interessen, auch wenn sie nur einen fähigeren Geschäftsführer oder statt eines Außenstehenden einen Gesellschafter zum Geschäftsführer berufen will.

3) Die Sittenwidrigkeit.

Die Abberufung des Geschäftsführers der GmbH ist sittenwidrig, wenn diese nach Inhalt, Zweck und Beweggrund¹⁾ gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden²⁾ verstößt. Sittenwidrigkeit liegt vor allem bei einem besonders groben Verstoß gegen Treu und Glauben³⁾ vor.

1) Nach den Motiven (I, 211) sollte es bei der Frage der Sittenwidrigkeit nur auf den objektiven Inhalt des Rechtsgeschäfts ankommen. Die subjektiven Vorstellungen und Beweggründe sollten außer Betracht bleiben. Das gilt aber nur insoweit, als ein objektiv berechtigtes und zur Wahrnehmung berechtigter Interessen dienendes Verhalten nicht deshalb sittenwidrig ist, weil es von verwerflichen Beweggründen getragen ist. In vielen Fällen wird der Beweggrund aber dazu beitragen, dem Geschäft einen besonderen sittenwidrigen Charakter zu verleihen; vgl. RGRK zum BGB, § 138 Anm 5; ebenso Hach.-Schilling, § 14 Anm 28.

2) RG, GrZS 190, 1, übernommen von BGH NJW 51, 397.

3) Hach.-Schilling, § 14 Anm 28; Staudinger-Weber, § 242 Anm A 14, A 138; Palandt, § 242 Anm 2 a; Hueck, Treuegedanke, S. 12. -

Im Falle freier Widerruflichkeit (§ 38 Abs 1 GmbHG) kann eine Sittenwidrigkeit nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, aus Inhalt, Zweck und Beweggrund¹⁾ der Abberufung und aus den objektiven Verhältnissen, die zur Abberufung geführt haben, festgestellt werden. So ist z.B. die rein schikanöse Abberufung sittenwidrig; denn der schikanöse Widerruf verstößt gegen das Rechtsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen. Der Unterschied zu dem im Anschluß zu behandelnden Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben ist nur graduell.²⁾ Der grobe Verstoß gegen das Erfordernis des Handelns nach Treu und Glauben stellt sich oft schon als Sittenwidrigkeit dar. Bei der Beschränkung des Abberufungsrechts auf wichtige Gründe (§ 38 Abs 2 GmbHG) ist ein Sittenverstoß eher denkbar. Er liegt immer dann vor, wenn es die GmbH-Gesellschafter darauf anlegen, einen wichtigen Grund zu schaffen, um sich dadurch eines mißliebigen Geschäftsführers zu entledigen.

1) RGZ 58, 217; 63, 350; 68, 97; 71, 192; 82, 222; 78, 238; 101, 401. Nach den Motiven (I, 211) sollte es bei der Frage der Sittenwidrigkeit nur auf den objektiven Inhalt des Rechtsgeschäfts ankommen. Die subjektiven Vorstellungen und Beweggründe sollten außer Betracht bleiben. Das gilt aber nur insoweit, als ein objektiv berechtigtes und zur Wahrnehmung berechtigter Interessen dienendes Verhalten nicht deshalb sittenwidrig ist, weil es von verwerflichen Beweggründen getragen ist. In vielen Fällen wird der Beweggrund aber dazu beitragen, dem Geschäft einen besonderen sittenwidrigen Charakter zu verleihen; vgl. RGRK zum BGB § 138 Anm 5; ebenso Hach.-Schilling § 14 Anm 28.

2) Hach.-Schilling § 14 Anm 28; Staudinger-Weber § 242 Anm 14 A; Palandt § 242 Anm 2a.

Ein sehr lehrreiches Beispiel eines sittenwidrigen Widerrufs behandelt das Reichsgericht.¹⁾ In einer GmbH war einem Geschäftsführer ein Sonderrecht zur Geschäftsführung eingeräumt. Die GmbH erklärte den Widerruf aus wichtigem Grund. Der Geschäftsführer erklärte, er werde sein Amt zur Verfügung stellen, wenn die GmbH in einem Rechtsstreit über die Zulässigkeit seiner Abberufung obsiegen werde. Den Prozeß verlor die GmbH in allen Instanzen.

Noch während des Rechtsstreits faßte die GmbH in der Folgezeit mehrfach Beschlüsse, die geeignet waren, künftig die Ausübung dieses Sonderrechts zur Geschäftsführung unmöglich zu machen. Als der Geschäftsführer nach Beendigung des ersten Prozesses diese Beschlüsse anfocht, erklärte die GmbH die Abberufung, weil ihr die Fortsetzung des Geschäftsführerverhältnisses wegen des schweren Zerwürfnisses mit den übrigen Geschäftsführern unzumutbar sei. Das Reichsgericht hat in diesem Fall mit Recht die Wirksamkeit der Abberufung aus wichtigem Grund verneint. Das schwere Zerwürfnis beruhte allein auf dem Verhalten der Gesellschafter, die zugleich Geschäftsführer waren. Sie hatten unter Mißbrauch der Mehrheitsverhältnisse Beschlüsse durchgesetzt, die die Ausübung des Sonderrechts unmöglich machen sollten. Damit hatten sie durch einen fortgesetzten Verstoß gegen das Sonderrecht das Zerwürfnis herbeigeführt. Obwohl die Gesellschafter aus dem Urteil erster Instanz die Unrichtigkeit ihres Standpunktes erkennen konnten, verharrten sie auf ihrer feindlichen Einstellung gegenüber dem Geschäftsführer. Sie legten es geradezu auf eine Auseinandersetzung an. Die somit betriebene systematische Zerstörung der Vertrauensbasis zwischen den Gesellschaftern und dem Geschäftsführer wurde vom Reichsgericht als sittenwidrig angesehen. Die aus diesem Vorgehen abgeleitete Abberufung wurde gemäß § 138 BGB deshalb als nichtig behandelt.

1) RGZ 170 358 ff (370, 373)

4. Treu und Glauben.

Der Grundsatz von Treu und Glauben gilt nach allgemeiner Meinung¹⁾ auch im Gesellschaftsrecht und gilt deshalb auch für die Abberufung des Geschäftsführers. Das Recht zum Widerruf ist ein Gestaltungsrecht. Als Gestaltungsrecht darf die Abberufung nicht ausgeübt werden, wenn der Abberufung der Einwand der *actio doli generalis praesentis* entgegensteht. Die übrigen Fallgruppen²⁾, die Rechtsprechung und Lehre im Rahmen des § 242 BGB ausgebildet haben, passen auf das Abberufungsrecht nicht.

Von den Fällen unzulässiger Rechtsausübung kommt nur der Einwand der Verwirkung des Abberufungsrechts in Frage. Man könnte auch an den Einwand "*dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est*" denken, da die GmbH zur Neubestellung verpflichtet ist, wenn sie entgegen einer vertraglichen Verpflichtung, das Abberufungsrecht nur aus wichtigem Grunde auszuüben, die Abberufung nach § 38 Abs 1 GmbHG erklärt. Zwar wird die GmbH zur Neubestellung verpflichtet, sie macht aber keinen Anspruch geltend, sondern sie übt ein Gestaltungsrecht aus. Sie verlangt vom Geschäftsführer keine Leistung. Dieser Einwand kann deshalb nicht durchgreifen. Es bleibt deshalb bei der obigen Darstellung, daß die Abberufung wirksam ist, die GmbH aber wegen positiver Vertragsverletzung in Analogie zur Unmöglichkeit und zum Verzug zum Schadenersatz durch Naturalrestitution verpflichtet wird.

1) Vgl. Hachenburg, "Aus dem Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung" LZ 1907, S. 460.

2) Vgl. Staudinger-Weber, § 242, Überblick; Palandt, § 242 Anm 4, Einleitung.

Der Grundsatz der Verwirkung gilt auch für die Ausübung eines Gestaltungsrechts¹⁾, wie insbesondere die Verwirkung des Rechts auf fristlose Kündigung bei Arbeitsverhältnissen zeigt. Verwirkung des Abberufungsrechts aus wichtigem Grund liegt dann vor, wenn nach Eintritt des wichtigen Grundes längere Zeit verstrichen ist und der Geschäftsführer aus dem gesamten Verhalten der GmbH den Schluß ziehen konnte, man wolle dieses Vorkommnis nicht zum Anlaß einer Abberufung aus wichtigem Grund machen²⁾, so daß die verspätete Ausübung des Abberufungsrechts als Verstoß gegen Treu und Glauben empfunden wird. Die Abberufungserklärung nach Verwirkung des Abberufungsrechts ist unzulässig und unwirksam, weil insoweit ein Recht zur Abberufung nicht mehr besteht.

1) Staudinger-Weber, § 242 Anm D 598, D 634 und D 690 ff; Palandt, § 242 Anm 9

2) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 18; Bb-Hueck, § 38 Anm 3 D.

E Die Zuständigkeit zur Abberufung

Die Abberufung ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Es bedarf deshalb der Willensbildung durch die zuständige Stelle und der Erklärung dieses Willens an den Geschäftsführer. Welche Stelle zur Abberufungserklärung zuständig ist, ergeben Gesetz oder Satzung.

Nach dem Gesetz obliegt der Gesamtheit der Gesellschafter die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern.¹⁾ Da es sich bei diesen Vorschriften des GmbH-Gesetzes insoweit um dispositives Recht handelt, kann das Bestellungs- und Abberufungsrecht durch die Satzung abweichend geregelt werden^{2) 3)}.

Die Satzung kann also das Berufungs- und Abberufungsrecht auf ein anderes Organ, ja sogar auf einen außenstehenden Dritten übertragen. Es ist aber bestritten, ob die Übertragung des Berufungsrechts von der Gesellschafterversammlung auf eine andere Stelle stillschweigend auch die Übertragung des Abberufungsrechts auf diese Stelle beinhaltet. Weiter ist bestritten, welchen Organen innerhalb der Gesellschaft und welchen Stellen außerhalb der Gesellschaft das Berufungs- und damit gegebenenfalls auch das Abberufungsrecht von der Gesellschafterversammlung übertragen werden kann.

1) § 46 Ziff 5 GmbHG

2) § 45 Abs 2 GmbHG; vgl. auch Bb-Hueck, § 45 Anm 2; § 46 Anm 6 A

3) Anders bei den GmbH-Gesellschaften, die dem MitbestG, bzw. dem MitbestErgG unterliegen; vgl. für diese Gesellschaften und für den Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes Kapitel E IV 3 dieser Arbeit.

I. Das Verhältnis von Berufungs- und Abberufungsrecht.

Beim Verhältnis vom Berufungs- und Abberufungsrecht geht es allein um die Frage, ob die Übertragung des Berufungsrechts auf eine andere Stelle auch das Recht zur Abberufung beinhaltet.

Staub¹⁾ vertrat ausgehend von der Regelung des AktR²⁾ die Meinung, daß das Berufungsrecht zwingend auch das Recht zur Abberufung beinhalte.. Dagegen wandte sich das Kammergericht.³⁾ Von der Regelung bei der Aktiengesellschaft könne auf das Recht der GmbH keine Schlußfolgerung gezogen werden. Hinsichtlich der Bestellung und des Widerrufs der entsprechenden Organe (Geschäftsführer bzw. Vorstand), wichen beide Regelungen sehr stark voneinander ab.

Der Unterschied sei formeller und materieller Art. § 182 HGB schreibe für die Aktiengesellschaft vor, daß der Gesellschaftsvertrag die "Arten der Bestellung und der Zusammensetzung des Vorstands" enthalten müsse, während es die §§ 45, 46 GmbHG vollständig in das Belieben der Gesellschafter stellten. Der materielle Unterschied liege darin, daß nach § 231 HGB der Widerruf der Bestellung zum Vorstand jederzeit erfolgen könne, ohne daß die Satzung Einschränkungen treffen könne, während § 38 Abs 2 GmbHG die Beschränkung auf wichtige Gründe kenne. Daraus zieht das KG den Schluß, die Grundsätze des Aktienrechts über das Verhältnis des Abberufungsrechts zum Berufungsrecht seien auf die GmbH nicht anwendbar.

1) GmbHG § 38, Anm 3

2) § 231 HGB; vgl. KGJ 30, A, 133 (134) mit weiteren Anmerkungen.

3) KGJ 30, A, 133 (136)

Im geltenden Recht ist nach § 84 AktG (entsprechend schon § 75 AktG 1937) zur Berufung und zur Abberufung ausschließlich der Aufsichtsrat zuständig, und der Widerruf der Bestellung kann nur aus wichtigem Grund erfolgen. Trotzdem wird man im Ergebnis dieser Entscheidung zustimmen müssen.

Der Gesellschaftsvertrag kann abweichend von § 46 Ziff 5 GmbHG die Zuständigkeit zur Berufung und zur Abberufung regeln. Es kann deshalb das Berufungsrecht auf eine andere Stelle übertragen und gleichzeitig das Recht zur Abberufung bei der Gesamtheit der Gesellschafter belassen werden. Die Gegenmeinung Staub's wird von der heutigen Rechtslage nicht mehr getragen, weil es bei der AG eine satzungsmäßige Übertragung des Berufs- und Abberufungsrechts nicht mehr gibt.¹⁾

Vom Gesetz her ist kein Hindernis zu sehen, Berufs- und Abberufungsrecht verschiedenen Organen zu übertragen. Vor allem können die Gesellschafter an der Zuständigkeit zur Abberufung sehr stark interessiert sein. Wenn ein untragbarer Geschäftsführer berufen wird, so kann man ihn ohne weiteres abberufen, ohne warten zu müssen, daß sich auch das Berufsorgan zu dieser Erkenntnis durchringt. Deshalb wird heute im Schrifttum²⁾ mit Recht die Auffassung vertreten,

1) Die nach dem AktG 1937 gem. § 92 Abs 4 AktG für zulässig erachtete Übertragung der Bestellung und Abberufung auf einen Ausschuß des Aufsichtsrats (vgl. Bb-Hueck AktG 1937 § 75 Anm 2) ist im geltenden Recht ausdrücklich ausgeschlossen (§ 107 Abs 3 Satz 2 AktG 1965).

2) Bb-Hueck, § 38 Anm 2 B; Crüger-Crecelius, § 38 Anm 1; Liebmann-Saenger, § 38 Anm 1; Vogel, § 38 Anm 3; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 7; Hach, -Schilling, § 38 Anm 2; Brodmann, GmbHG § 38, Anm 2.

daß es eine Frage der Auslegung ist, ob das Berufungsrecht auch das Recht zur Abberufung beinhaltet. Im Zweifel ist diese Frage zu bejahen. Dafür spricht, daß Berufung und Abberufung einheitlich nach dem Gesetz bei der Gesamtheit der Gesellschafter liegt. Wenn die Gesamtheit der Gesellschafter das Berufungsrecht überträgt, so soll es im Zweifel auch Übertragung des Abberufungsrechts sein (entsprechend § 46 Ziff 5 GmbHG), muß es aber nicht. Das gilt auch für das Sonderrecht eines Gesellschafters zur Berufung und zur Abberufung. Ob das Sonderrecht zur Berufung des Geschäftsführers auch das Sonderrecht zur Abberufung beinhaltet, kann nur durch Auslegung ermittelt werden. Im Zweifel wird man es bejahen müssen¹⁾, da sonst das Sonderrecht zur Berufung praktisch wertlos wäre, wenn die Gesellschafterversammlung einen berufenen Geschäftsführer jederzeit wieder abberufen könnte.

II. Konkurrierende oder ausschließliche Abberufungszuständigkeit.

Wenn nun eine Übertragung des Abberufungsrechts auf eine andere Stelle stattgefunden hat, wenn vielleicht auch nur stillschweigend mit dem Recht zur Bestellung, so stellt sich die Frage, ob damit die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen worden ist²⁾,

1) Hach.-Schilling, § 38 Anm 2; Brodmann, GmbHG, § 45 Anm 1 b

2) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 7 unter Hinweis auf OLGR 2, 464; KG in OLGR 24, 157.

oder ob die Gesellschafterversammlung neben der zur Abberufung zuständigen Stelle zur Abberufung berechtigt bleibt.¹⁾ Der BGH²⁾ vertrat die Auffassung, daß die Gesellschafterversammlung jedenfalls dann zur Abberufung ermächtigt sei, wenn der an sich zuständige Aufsichtsrat funktionsunfähig ist. In dem vom BGH entschiedenen Fall handelt es sich um den Beschluß des alleinigen Gesellschafters der GmbH und um die Abberufung aus wichtigem Grund. Von dieser besonderen Sachlage aus war das Urteil des BGH sicher richtig. Daraus lassen sich aber nicht ohne weiteres allgemeine Rückschlüsse für eine ausschließliche oder eine konkurrierende Zuständigkeit der zuständigen Stelle entnehmen. Nach einer Entscheidung des OLG Hamburg³⁾ hat jeder Gesellschafter den Anspruch auf Einhaltung der Satzungsbestimmungen. Deshalb könne die Abberufung durch die Gesellschafterversammlung nur erfolgen, wenn vorher ihre Zuständigkeit durch Satzungsänderung begründet werde. Das Schrifttum⁴⁾ lehnt eine ausschließliche Zuständigkeit einer anderen Stelle meist ab, weil zumindest aus wichtigem Grund die Gesellschafterversammlung jederzeit den Widerruf müsse erklären können. Brodmann⁵⁾ begründet den Standpunkt damit, daß sich die GmbH ebenso wenig durch Rechtsgeschäft, wenn auch nur teilweise entmündigen könne, wie eine natürliche Person.

1) Staub GmbHG § 38, Anm 3; Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 2 B; Crüger-Crecelius, § 38 Anm 1; Liebmann-Saenger, § 38 Anm 1; Vogel, § 38 Anm 3; Hach.-Schilling, § 38 Anm 2; Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 2.

2) BGHZ 12, 337 (340); dem BGH hat sich das Schrifttum angeschlossen, vgl. Bb-Hueck, GmbHG, § 46 Anm 6 A; Hach.-Schilling, § 38 Anm 2; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 7.

3) Recht, 1909 Nr. 1401

4) Feine und die Literatur zur/vorstehenden Fußnote 2.

5) GmbHG § 37, Anm 1.

Sie könne sich deshalb nicht im voraus und allgemein der freien eigenen EntschlieÙung begeben. Im übrigen ist das Schrifttum der Auffassung, daß eine satzungsmäßige, von § 46 GmbHG abweichende Zuständigkeitsregelung ausschließlich, aber auch nicht ausschließlich sein könne.¹⁾ Dabei komme es darauf an, ob eine ausschließliche oder eine konkurrierende Zuständigkeit begründet werden sollte. Von diesem Grundsatz macht man aber allgemein beim Abberufungsrecht aus wichtigem Grund eine Ausnahme. In diesem Fall könne eine derartige Satzungsbestimmung immer nur die Wirkung einer Delegation haben.

Für das Abberufungsrecht ohne wichtigen Grund werden allgemein keine Bedenken erhoben, wenn dieses Recht ausschließlich einer anderen Stelle übertragen wird. Anderer Meinung ist offensichtlich nur Brodmann. Seine Begründung ist aber nicht haltbar. Die Abberufung setzt die Willensbildung der GmbH und die Erklärung der Abberufung voraus. Die Übertragung der Willensbildung auf ein anderes Organ ist keine rechtsgeschäftliche Selbstentmündigung, sondern lediglich eine Verlagerung der Willensbildung. Die natürliche Person kann ihren eigenen rechtsgeschäftlichen Willen nur selbst bilden, die juristische Person bildet ihren Willen durch ihre Organe. Sie kann dabei im Rahmen der zwingenden Vorschriften des Gesetzes die Willensbildung verschiedenen Organen übertragen. Darin liegt keine Beseitigung der Willensfähigkeit, wie Brodmann es offensichtlich versteht.

1) Vgl. Hach.-Schmidt, § 45 Anm 50 ff, insbesondere Anm 51 mit weiteren Nachweisen; Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 1.

Es ist kein Grund einzusehen, warum eine andere Stelle nicht ausschließlich mit der Willensbildung der GmbH betraut werden können soll. Die ausschließlich zuständige Stelle wird aber notwendig zum Organ der GmbH. Da aber die GmbH als besondere verfassungsgemäße Vertreter¹⁾ auch weitere Organe jederzeit schaffen kann, bestehen auch von diesem Gesichtspunkt her keine Bedenken. Es ist deshalb zulässig, das Abberufungsrecht ohne wichtigen Grund einer anderen Stelle auch ausschließlich zu übertragen. Ob das der Fall ist, kann nur durch Auslegung der Satzung bestimmt werden. Die ausschließlich zuständige Stelle wird zum Organ der GmbH, weil sie den Willen der GmbH bildet. Den Willen der juristischen Person kann aber nur ein Organ bilden. Dagegen kann nicht eingewendet werden, auch ein gewillkürter Vertreter bilde den Willen der GmbH. Der gewillkürte Vertreter erklärt immer seinen eigenen Willen, der kraft Gesetzes als Wille des Vertretenen gilt, aber nicht der Wille des Vertretenen ist. Etwas anderes gilt für das Organ der GmbH: Der Wille des Organs ist der Wille der GmbH als juristischer Person. Zwar ist es denkbar, daß auch ein gewillkürter Vertreter die Abberufung wirksam erklären kann, wenn er dazu bevollmächtigt ist. Der Bevollmächtigte kann aber nicht ausschließlich zuständig sein, weil sonst ein Willensbildungsorgan der GmbH nicht vorhanden wäre. Hier würde der Einwand Brodmanns zutreffen, daß die GmbH sich nicht rechtsgeschäftlich selbst entmündigen könne; denn damit wäre partiell die Willensfähigkeit beseitigt.

1) Über die Zulässigkeit siehe unten Abschnitt E IV.

Wenn nun die GmbH ein ausschließliches Abberufungsorgan bestellt hat, die Abberufung ohne wichtigen Grund zu erklären, so stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Gesellschafterversammlung wirksam die Abberufung beschließen und erklären kann. Für diese Frage muß man unterscheiden, ob die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Organs lediglich Reflex der die ausschließliche Zuständigkeit begründenden Satzungsbestimmung ist, oder ob darüber hinaus dem Abberufungsorgan, soweit es ein einzelner oder mehrere Gesellschafter sind, ein Sonderrecht zur Abberufung als Mitgliedschaftsrecht eingeräumt werden sollte. Auch das Abberufungsrecht kann als Sonderrecht eingeräumt werden. Sonderrecht kann jedes Recht sein. Gesetzliche Vorschriften stehen nicht entgegen. Es bestehen deshalb dagegen keine Bedenken. Ein Sonderrecht kann auch mehreren gemeinschaftlich zustehen.¹⁾ In beiden Fällen kann die Gesellschafterversammlung den Willen der GmbH nicht bilden, weil sie nicht zuständig ist. Der Gesellschafterbeschuß ist nicht der Wille der GmbH. Eine darauf gestützte Abberufung ist Erklärung ohne Abberufungswillen und deshalb grundsätzlich unwirksam. Die Gesellschafterversammlung kann aber bei lediglich ausschließlicher Zuständigkeit einer anderen Stelle durch satzungsändernden oder durch satzungsdurchbrechenden Mehrheitsbeschuß ihre eigene Zuständigkeit begründen. Der satzungsdurchbrechende Mehrheitsbeschuß in der Form der Satzungsänderung²⁾ begründet für den konkreten Fall die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, ändert

1) Hach.-Schilling, § 14 Anm 18

2) Unbestritten; vgl. Bb-Hueck, GmbHG, vor § 53 Anm 2 B Abs 2.

aber im übrigen die Satzungsbestimmung nicht, die das Abberufungsrecht einem anderen Organ übertrug, während die Satzungsänderung selbst diese Satzungsbestimmung beseitigt. Es gilt künftig die gesetzliche Regelung.

Die Gesellschafterversammlung kann also auch bei ausschließlicher Zuständigkeit eines anderen Organs entweder mit satzungsdurchbrechendem Mehrheitsbeschluß oder nach Satzungsänderung mit einfacher Mehrheit die Abberufung eines Geschäftsführers wirksam beschließen. Unter diesen einschränkenden Voraussetzungen ist der Abberufungsbeschluß Willensbildung der GmbH. Das gilt aber nicht beim Sonderrecht zur Abberufung. Ein Sonderrecht kann ohne Zustimmung des oder der sonderberechtigten Gesellschafter nicht beseitigt werden.¹⁾ Die Gesellschafterversammlung kann deshalb im Falle eines Sonderrechts zur Abberufung weder mit satzungsänderndem, noch mit satzungsdurchbrechendem Mehrheitsbeschluß die eigene Zuständigkeit begründen. Ein derartiger Beschluß ist schwebend unwirksam.

Aber auch daraus ergeben sich keine Bedenken gegen die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Organs zur Abberufung. Die freie Widerruflichkeit kann auf das Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt werden. Es wäre deshalb auch zulässig, besondere Mehrheitsverhältnisse für die Abberufung ohne wichtigen Grund vorzuschreiben,²⁾ also auch eine sonst nur für Satzungsänderungen erforderliche Dreiviertel-Mehrheit.

1) Unbestritten; vgl. Scholz-Hefermehl, § 14 Anm 14.

2) Vgl. unten Abschnitt F II 3.

Die Gesellschafterversammlung kann faktisch nur mit satzungsändernder Dreiviertel-Mehrheit¹⁾ die Abberufung erklären. Ähnlich liegt es beim Sonderrecht zur Abberufung. Faktisch kann die Gesellschafterversammlung die Abberufung ohne wichtigen Grund nicht erklären, wenn auch der sonderberechtigte Gesellschafter jederzeit abberufen werden könnte. Die GmbH könnte die freie Widerruflichkeit sogar ganz ausschließen. Deshalb ist es auch zulässig, die Abberufung ohne wichtigen Grund ausschließlich auf ein anderes Organ zu übertragen. Bedenken ergeben sich aber daraus gegen die ausschließliche Zuständigkeit bei der Abberufung aus wichtigem Grund. Darauf stützt auch das Schrifttum im Ergebnis wohl seine Auffassung, daß zumindest bei Abberufung aus wichtigem Grund eine konkurrierende Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung bestehen bleibt. Das Abberufungsrecht könne zwar auf das Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt werden, es könne aber nicht weiter erschwert werden, weil die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dauer- und Vertrauensverhältnisses, in dem der Geschäftsführer zur GmbH steht, immer die Auflösung ermöglichen müsse.

Zunächst läßt sich dagegen einwenden, daß die Abberufung aus wichtigem Grund nicht durch besondere Mehrheitsanfordernisse erschwert wurde, weil nicht zur Abberufung, wohl aber zur Begründung der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung satzungsändernde Mehrheit erforderlich ist. Man kann weiter einwenden, die Gesellschafterversammlung könne das besondere Abberufungsorgan aus wichtigem Grund abberufen und beseitigen, ohne daß es dazu einer satzungsändernden Mehrheit bedarf, weil die Nichtausübung des Abberufungsrechts immer ein wich-

1) Wenn nicht die Satzung zulässigerweise eine höhere Mehrheit vorschreibt; unbestritten vgl. Bb-Hueck, GmbHG, § 53 Anm 2 C.

tiger Grund sei, für den in entsprechender Anwendung des § 38 Abs 2 GmbHG besondere Mehrheitserfordernisse nicht aufgestellt werden können;¹⁾ denn jedes Organ müsse aus wichtigem Grund abberufen werden können. Die Nichtausübung des Abberufungsrechts aus wichtigem Grund sei ein grober Verstoß gegen die der GmbH als Organ geschuldete Treuepflicht, die wie beim Geschäftsführer aus der Organstellung erwachse, sie berechtige daher zur Beseitigung des besonderen Abberufungsorgans. Das müsse zumindest gelten, wenn das Abberufungsorgan einer Anweisung der Gesellschafterversammlung nicht nachkomme, obwohl ein wichtiger Grund vorliegt. Im übrigen gelte es auch für das Sonderrecht zum Widerruf; denn auch dieses Sonderrecht²⁾ müsse wie jedes Sonderrecht aus wichtigem Grund beseitigt werden können.

Diese Einwendungen sind richtig. Das "Sonderrecht zum Widerruf" kann selbst aus wichtigem Grund beseitigt werden. Die Richtigkeit dieser Überlegung folgt schon daraus, daß selbst das "Sonderrecht zur Geschäftsführung" mit seiner weitaus stärkeren Machtbefugnis der Abberufung aus wichtigem Grund bei einfachem Mehrheitsbeschluß weichen muß,³⁾ obwohl das Sonderrecht als Mitgliedsrecht immer nur durch echte Satzungsbestimmung verliehen werden kann. Mit dem Widerruf des Sonderrechts entfällt ein sonderberechtigtes Widerrufsorgan, so daß die Gesellschafterversammlung selbst zuständig wird.

1) Vgl. unten Abschnitt F II 4

2) RGZ 170, 358 (373, 374) - Scholz-Hefermehl, § 14 Anm 13; a.M.: Hach.-Schilling, § 14 Anm 38; nur im Einzelfall könne ein Sonderrecht aus wichtigem Grund beseitigt werden; aber bejahend für das "Sonderrecht zum Widerruf" vgl. GmbHG, § 38 Anm 2, so daß zu dieser Frage nicht Stellung genommen zu werden braucht.

3) Argumentum a maiore ad minus.

Das gilt umso mehr für die schwächere Rechtsposition der ausschließlichen Zuständigkeit als Reflex einer derartigen Satzungsbestimmung. Der einfache Mehrheitsbeschluß beseitigt bei Vorliegen eines wichtigen Grundes das Sonderrecht wie die Organstellung der ausschließlich zuständigen Stelle. Die GmbH könnte also daraufhin mit einfacher Mehrheit die Abberufung aus wichtigem Grund beschließen, weil sie jetzt zum Widerruf zuständig ist. Man muß deshalb mit dem Schrifttum annehmen, daß die Gesellschafterversammlung in jedem Fall die Abberufung aus wichtigem Grund wirksam beschließen kann, aber nicht, weil eine ausschließliche Zuständigkeit nicht begründet werden könnte, sondern weil die Gesellschafterversammlung die Abberufung aus wichtigem Grund auch mit einfacher Mehrheit erklären kann, wenn und weil dem sonderberechtigten Gesellschafter oder dem ausschließlich zuständigen Organ aus wichtigem Grund bei Nichtausübung des Abberufungsrechts die Zuständigkeit entzogen werden kann. Wenn aber die Gesellschafterversammlung das Mehr könnte, nämlich Sonderrecht und ausschließliche Zuständigkeit beseitigen, um dann selbst die Abberufung zu erklären, so muß sie auch das Weniger können, die Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund zu erklären, ohne das Sonderrecht und die ausschließliche Zuständigkeit einer anderen Stelle zu beseitigen. Das setzt aber voraus, zunächst abzuwarten, ob das Abberufungsrecht aus wichtigem Grund ausgeübt wird. Darin liegt aber keine unzulässige Erschwerung des Abberufungsrechts aus wichtigem Grund. Die Abberufung aus wichtigem Grund setzt naturgemäß eine Prüfung des wichtigen Grundes voraus. Wenn die Mehrheit der Gesellschafterversammlung der Auffassung ist, kann sie immer die Abberufung für den Fall beschließen, daß das Abberufungsrecht nicht ausgeübt wird, um bei Nichtausübung die Abberufung erklären zu können.

Gegen diese Auffassung bestehen auch dann keine Bedenken, wenn die Satzung die Bestimmung enthält, die GmbH müsse ein Abberufungsorgan haben. Der Widerruf aus wichtigem Grund beseitigt zwar die Organstellung der Organmitglieder, führt aber nicht zur Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung. Trotzdem kann die Gesellschafterversammlung die Abberufung erklären, weil jetzt ein funktionsfähiges Abberufungsorgan fehlt. Das folgt aus der Struktur der GmbH und der Stellung der Gesellschafterversammlung als oberstem Willens- und Beschlußorgan.¹⁾ Die Abberufung aus wichtigem Grund duldet keinen Aufschub. Es kann deshalb nicht gesagt werden, daß die Gesellschafterversammlung das Widerrufsrecht nicht ausüben kann.

Wie die Ausführungen zeigen, kann das Abberufungsrecht ausschließlich auf ein anderes Organ der GmbH übertragen werden. Wenn allerdings das zuständige Abberufungsorgan eine Abberufung aus wichtigem Grund nicht erklärt, kann die Gesellschafterversammlung selbst die Abberufung mit einfacher Mehrheit beschließen und erklären, da die Nichtausübung des Abberufungsrechts einen wichtigen Grund darstellt, das Abberufungsorgan mit einfacher Mehrheit zu beseitigen, so daß die Gesellschafterversammlung selbst die Abberufung beschließen und erklären könnte. Aus dem argumentum a maiore ad minus folgt, daß sie auch das Weniger kann, nämlich nur die Abberufung beschließen und erklären.

1) So richtig BGHZ 12, 337 (340); dem BGH hat sich das Schrifttum angeschlossen, vgl. Bb-Hueck, GmbHG, § 46 Anm 6 A; Hach.-Schilling, § 38 Anm 2; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 7.

III. Die Übertragung des Abberufungsrechts
auf eine andere Stelle außerhalb des Gesell-
schaftsvertrages.

Nach dem Gesetz kann im Gesellschaftsvertrag das Abberufungsrecht auf eine andere Stelle übertragen werden. Das Schrifttum¹⁾ vertritt offensichtlich im Anschluß an die gesetzliche Regelung die Auffassung, das Abberufungsrecht könne im Gesellschaftsvertrag auf eine andere Stelle übertragen werden, ohne die Frage zu prüfen, ob die Zuständigkeit einer anderen Stelle auch außerhalb der Satzung herbeigeführt werden könne. Allein Brodmann²⁾ vertritt ausdrücklich die Auffassung, daß das Abberufungsrecht nur im Gesellschaftsvertrag auf andere Stellen übertragen werden könne. Der gleichen Auffassung ist im Ergebnis Crüger-Crecelius³⁾. Eine Begründung dafür fehlt. Auch die von Brodmann zitierte Entscheidung des OLG Rostock bringt keine Begründung. Zur Lösung dieser Frage muß man aber drei Fälle unterscheiden: Das Sonderrecht zum Widerruf, die ausschließliche Zuständigkeit einer anderen Stelle ohne Sonderrechtscharakter und die Delegation des Abberufungsrechts auf eine andere Stelle, so daß die Gesamtheit der Gesellschafter daneben zum Widerruf zuständig bleibt.

1) Bb-Hueck, § 46 Anm 6 A; Liebmann-Saenger, § 46 Anm 10; Vogel, § 46 Anm 6; Scholz-Hefermehl, § 46 Anm 7; Hach.-Schmidt, § 46 Anm 22.

2) Brodmann, GmbHG, § 46, Anm 6 b unter Hinweis auf OLG 34, 359.

3) Crüger-Crecelius, § 46 Anm 6.

Für das Sonderrecht zum Widerruf ist die Auffassung des Schrifttums richtig. Als Mitgliedsrecht kann das Abberufungsrecht nur durch Satzungsbestimmung auf einen Gesellschafter übertragen werden. Mitgliedsrechte können außerhalb des Gesellschaftsvertrages nicht begründet werden.

Auch bei ausschließlicher Zuständigkeit zur Abberufung ohne Sonderrechtscharakter kann das Abberufungsrecht auf eine andere Stelle nur durch Gesellschaftsvertrag übertragen werden. Diese Folgerung ergibt sich zwingend aus dem Wesen der Befugnisse, die gem. § 45 GmbHG von der Gesamtheit der Gesellschafter auf andere Organe übertragen werden können: Es sind Gesellschafterbefugnisse, die der Gesamtheit der Gesellschafter als oberstem Beschluß- und Willensorgan obliegen. Die Übertragung auf eine andere Stelle ermächtigt diese zur Ausübung der übertragenen Befugnisse. Eine ausschließliche Ausübung dieser Befugnisse bedeutet organschaftliches Handeln der GmbH.¹⁾ Organschaftlich handeln für die GmbH kann jedes Organ nur, wenn Gesetz oder im Rahmen der zwingenden Vorschriften der Gesellschaftsvertrag dem Organ Handlungsbefugnis übertragen hat. Schuldrechtlich kann eine organschaftliche Handlungsbefugnis der zum Widerruf zuständigen Stelle nicht begründet werden. Dagegen kann nicht eingewendet werden, auch der gewillkürte Vertreter handle für die GmbH. Das ist sicher richtig, aber das Handeln des gewillkürten Vertreters ist kein organschaftliches Handeln, keine Wahrung von Gesellschafterrechten und -pflichten.

1) Über die Zulässigkeit siehe unten Abschnitt E IV 1.

Ob auch bei reiner Delegation des Abberufungsrechts, ohne dass seine ausschließliche Zuständigkeit begründet wird, die Übertragung des Abberufungsrechts nur im Gesellschaftsvertrag erfolgen kann, scheint sehr zweifelhaft. Soll die durch Delegation zuständige Stelle zum konkurrierenden Abberufungsorgan¹⁾ bestellt werden, so kann dies nur im Gesellschaftsvertrag geschehen. Organeigenschaft kann nur der Gesellschaftsvertrag verleihen. Sollte sie aber lediglich zum gewillkürten Vertreter bestellt werden - was besonders bei Delegation auf eine Einzelperson (Gesellschafter oder Dritten) der Fall sein wird -, so ist kein Hindernis zu sehen, rechtsgeschäftliche Vollmacht auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages zu erteilen. Der gewillkürte Vertreter wird in der Regel durch einfachen Beschluß und außerhalb der Satzung bestellt. Es muß also die Auslegung ergeben, ob eine Delegation des Abberufungsrechts im Gesellschaftsvertrag als echte Satzungsbestimmung die delegierte Stelle zum Organ macht, oder ob es sich um eine Vertragsbestimmung handelt, die nur bei Gelegenheit in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wurde, die deshalb die delegierte Stelle zum gewillkürten Vertreter macht.

Als Ergebnis ist festzuhalten, Sonderrecht zum Widerruf und Bestellung zum Abberufungsorgan können nur im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Die Delegation mit der Wirkung der Bestellung zum gewillkürten Vertreter ist auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages möglich.

1) Feine, a.a.O., S. 474 und Molitor, Bestellung S. 20 sprechen von einem Kurationsorgan.

IV. Die Übertragung des Abberufungsrechts innerhalb der GmbH.

Das Abberufungsrecht kann innerhalb der GmbH auf ein anderes Organ übertragen werden, auf das Organ "Geschäftsführer" oder auf einen fakultativen Aufsichtsrat. Es kann aber auch einem einzelnen Gesellschafter, einem Gesellschafterausschuß, einem einzelnen Gesellschafter-Geschäftsführer, oder einem Dritten übertragen sein. In jedem Fall ist zu fragen, ob die Übertragung des Abberufungsrechts zulässig ist. Dabei kann die Übertragung auf ein anderes Organ ausschließlich oder konkurrierend sein. Das gilt auch dann, wenn das Abberufungsrecht einem oder mehreren Gesellschaftern oder einem Dritten übertragen wurde, so daß diese Personen zum Organ der GmbH bestellt sind.

1. Die Übertragung auf ein bestehendes Gesellschaftsorgan.

Das GmbH-Gesetz kennt im Gegensatz zum Aktiengesetz von 1965¹⁾ - §§ 76 ff (Vorstand); §§ 95 ff (AR); §§ 118 ff (HV)²⁾; keine feste zwingende Zuständigkeitsverteilung unter ihren Organen. Von einzelnen Aufgaben abgesehen, die~~z~~wingend einem anderen Organ obliegen, wie die Vertretung dem Organ "Geschäftsführer" oder die Satzungsänderung dem Organ "Gesamtheit der Gesellschafter", ist es weitgehend in das Belieben der Gesellschafter gestellt, die Zuständigkeiten für bestimmte Aufgaben abweichend vom Gesetz durch Gesellschaftsvertrag einem anderen Organ zu übertragen. Der Übertragung des Abberufungsrechts auf ein anderes Gesellschaftsorgan stehen keine Bedenken entgegen, da das Gesetz selbst den

1) Auch schon AktG 1937

2) Früher: AktG 1937: §§ 70 ff (Vorstand); §§ 86 ff (AR); §§ 102 ff (HV).

Grundsatz aufstellt, daß die Befugnisse des § 46 GmbHG dem Organ "Gesamtheit der Gesellschafter" nur obliegen, soweit die Satzung keine abweichende Regelung getroffen hat und das Gesetz keine zwingende Zuständigkeit der "Gesamtheit der Gesellschafter" vorsieht.¹⁾

Die ausschließliche und konkurrierende Übertragung dieser Befugnisse auf ein bestehendes Gesellschaftsorgan ist sicher zulässig. Fraglich kann die Zulässigkeit aber dann werden, wenn einem einzelnen oder mehreren Gesellschaftern (auch Gesellschafter-Geschäftsführer), oder einem Dritten (auch Drittgeschäftsführer) das Abberufungsrecht übertragen werden soll, die als solche keine Organe der GmbH sind. Diesen Personen sollen organschaftliche Befugnisse übertragen werden. Diese Personen sollen den Willen der GmbH zur Abberufung bilden und gegebenenfalls die Abberufung erklären. Diese organschaftlichen Befugnisse können ihnen nur übertragen werden, wenn es zulässig ist, neben den gesetzlichen Organen für bestimmte Aufgaben besondere Organe zu bestellen, sogenannte "besondere Vertreter" im Sinne des § 30 BGB.

2. Die Übertragung des Abberufungsrechts auf einen einzelnen oder mehrere Gesellschafter oder einen Dritten unter Bestellung zum Abberufungsorgan.

Die Bestimmung des § 30 BGB gilt unbestritten auch für die GmbH.²⁾

1) Unbestritten vgl. Bb-Hueck, § 45 Anm 2 A, B; Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 1.

2) Palandt, § 30 Anm 1; RGRK zum BGB, § 30 Anm 2 und 3; Bb-Hueck, § 35 Anm 3 A und § 45 Anm 2 B; vgl. RGZ 91, 1 (4) für die AG; RGZ 94, 318 (321) für den Bankverein; RGZ 117, 61 (64) für die AG; RG, JW 96, 915 Nr. 1 für die GmbH; RG, HRR 1936 Nr. 864 für die AG.

Der besondere Vertreter im Sinne dieser Vorschrift ist ein verfassungsmäßig berufenes Organ der GmbH.¹⁾ Die GmbH kann also besondere Vertreter, d.h. verfassungsmäßig berufene Organe für bestimmte Aufgaben bestellen. Die nähere Struktur dieser Organe bestimmt der Gesellschaftsvertrag. Für den Begriff des besonderen Vertreters ist es gleichgültig, ob ein eingliedriges oder ein mehrgliedriges Organ bestellt wird. Für unsere Untersuchung ist wichtig die Feststellung, daß es zulässig ist, für bestimmte Aufgaben zusätzliche Organe zu bestellen. Mit der Zulässigkeit der Bestellung besonderer Organe ist aber auch nicht gesagt, daß es zulässig ist, diesen Organen auch das Abberufungsrecht zu übertragen.

Gegen die Übertragung des Abberufungsrechts auf einen Gesellschafter oder einen Gesellschafterausschuß bestehen keine Bedenken. Ob allerdings ein Gesellschafter-Geschäftsführer bei seiner eigenen Abberufung im Gesellschafterausschuß mitstimmen darf, wird nach den gleichen Grundsätzen zu entscheiden sein, wie die Frage des Stimmrechts im Falle der Abberufung durch die Gesamtheit der Gesellschafter.²⁾ Auch gegen die Übertragung des Abberufungsrechts auf einen Dritten bestehen keine Bedenken. Der Dritte wird damit zum Organ der GmbH. Die Bedenken, die gegen eine Delegation des Widerrufsrechts auf einen außenstehenden Dritten bestehen, gelten nicht für ein Organ der GmbH, auch wenn die Mitglieder dieses Organs nicht Gesellschafter sind.

1) Vgl. das Schrifttum zur Fußnote 2 der vorhergehenden Seite.

2) Vgl. unten Abschnitt F II 4 und 5.

Die Zulässigkeit entspricht dem im GmbH-Recht gleichfalls geltenden Prinzip der Drittorganschaft. Gegen die Übertragung des Abberufungsrechts auf einen Geschäftsführer - ob Gesellschafter oder Dritter ist gleichgültig - bestehen keine Bedenken, solange es sich um die Abberufung der Mitgeschäftsführer handelt. Wie aber ist es, wenn eine Abberufung des Geschäftsführers selbst in Frage kommt? Zwei Einwände können gegen die Zulässigkeit vorgebracht werden: Das Verbot des Insichgeschäfts und der Einwand, der Geschäftsführer könne nicht Richter in eigener Sache sein.

§ 181 BGB gilt auch im Gesellschaftsrecht¹⁾ und zwar nicht nur für schuldrechtliche, sondern auch für gesellschaftsrechtliche Rechtsgeschäfte. Es handelt sich um eine ähnliche Rechtslage, wenn ein Organ der juristischen Person auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäfts beteiligt ist. Die analoge Anwendung des § 181 BGB auf Organe der juristischen Person ist deshalb anerkannt. § 181 BGB gilt aber auch für einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen, wie es die Abberufung des Geschäftsführers darstellt.²⁾ § 181 BGB spricht von Rechtsgeschäften und nicht von Verträgen. Ein Verbot des Insichgeschäfts wird auch bei der Abberufung dem Zweck dieser Bestimmung gerecht, unklare Rechtsverhältnisse zu vermeiden. § 181 BGB gilt deshalb auch für die Abberufung des Geschäftsführers. Der Geschäftsführer als Abberufungsorgan der GmbH kann daher sich selbst grundsätzlich

1) Unbestritten; vgl. Palandt, § 181 Anm 1; RGRK zum BGB, § 181 Anm 6 und 7; Hach.-Schilling, GmbHG, § 36 Anm 12 ff; BGH, NJW 60, 2285.

2) So ausdrücklich Palandt, § 181 BGB Anm 1.

nicht abberufen. Die Übertragung des Abberufungsrechts enthält aber im Zweifel wohl schlüssig die Gestattung des Insichgeschäfts. Der Geschäftsführer könnte sich also selbst ohne Verstoß gegen § 181 BGB unter der Voraussetzung abberufen, daß ihm das Insichgeschäft gestattet ist oder gestattet wird.

Der zweite Einwand, der Geschäftsführer könne nicht Richter in eigener Sache sein, betrifft die Frage, ob ausschließliche Zuständigkeit übertragen werden kann. Keine Bedenken bestehen bei der Abberufung ohne wichtigen Grund. Wie der Geschäftsführer als Gesellschafter bei seiner eigenen Abberufung mitstimmen darf, ohne daß man darin einen Verstoß gegen § 47 Ziff 4 GmbHG sieht¹⁾, ebenso wenig liegen Bedenken vor, die eigene Abberufung für zulässig zu halten, weil dem Interesse der GmbH dadurch Genüge getan ist, daß die Abberufung nur wirksam ist, wenn dem Gesellschafter die eigene Abberufung als Insichgeschäft gestattet ist. Obwohl die ausschließliche Abberufungszuständigkeit grundsätzlich wirksam ist, kann eine ausschließliche Zuständigkeit des Geschäftsführers zur Abberufung nicht begründet werden. Das Recht zur Abberufung beinhaltet auch die Pflicht, dieses Recht auszuüben. Der Geschäftsführer würde praktisch verpflichtet, sich selbst durch Abberufung zu schädigen und sich selbst eine Mißbilligung auszusprechen. Wie sollte er später das Vorliegen eines wichtigen Grundes gerichtlich überprüfen lassen können, wenn er selbst die Abberufung erklärte, ohne sich dem Vorwurf des "venire contra factum proprium" auszusetzen. Das Abberufungsrecht aus wichtigem Grund

1) Dazu siehe unten Abschnitt F II 4 und 5.

kann deshalb dem Geschäftsführer für seine eigene Person nicht übertragen werden, weil es ihm unzumutbar ist, über sich selbst zu richten.

3. Sonderregelungen im Mitbestimmungsgesetz,
im Mitbestimmungsergänzungsgesetz und im
Betriebsverfassungsgesetz.

Außerhalb des GmbHG sind in neueren Gesetzen auch hinsichtlich der Zuständigkeit zum Widerruf eingreifende Bestimmungen getroffen worden. Für die Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Bereich der Montanindustrie, die dem MitbestG und dem MitbestErgG unterliegen, haben diese Gesetze eine ausschließliche Zuständigkeit des obligatorischen Aufsichtsrats zur Berufung und zur Abberufung des Geschäftsführers begründet.¹⁾ Entgegenstehende Bestimmungen des GmbHG wurden damit außer Kraft gesetzt. Die Gesamtheit der Gesellschafter hat weder ein Berufungs-, noch ein Abberufungsrecht. Die ausschließliche Zuständigkeit gilt auch für den als gleichberechtigten Vertreter der Arbeitnehmer in der Geschäftsleitung zu bestellenden Arbeitsdirektor. Die gesetzliche Regelung ist in diesem Gesetz eindeutig. Es ist aber strittig, ob auch das BetriebsverfG für die diesen Bestimmungen unterliegenden Gesellschaften mbH²⁾ eine zwingende Zuständigkeitsregelung des Widerrufsrechts enthält.

1) § 12 MitbestG, § 12 MitbestErgG in Verbindung mit § 84 AktG.

2) GmbH-Gesellschaften mit im Regelfall mehr als 500 Arbeitnehmern, mit Ausnahme der Familienbetriebe und der Tendenzbetriebe, d.h. solcher Betriebe, die gegründet sind, um unabhängig vom wirtschaftlichen Gewinn ideellen Zwecken zu dienen (§ 81 BVG), und die dem MitbestG unterliegenden GmbH-Gesellschaften (§ 85 Abs 2 BetriebsverfG).

§ 77 BetriebsverfG¹⁾ bestimmt die Rechte und Pflichten des obligatorischen Aufsichtsrats unter Verweisung auf bestimmte Vorschriften des AktG. Auf § 84 AktG²⁾, der die ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats begründet, ist dabei nicht verwiesen. Aus dieser Regelung im Unterschied zum MitbestG und MitbestErgG wurde deshalb der Schluß gezogen, daß der Gesetzgeber die bisherige Regelung beibehalten wollte, nach der der Geschäftsführer der GmbH durch die Gesellschafterversammlung berufen oder abberufen wird. Nach Hueck³⁾ erfolgt die Bestellung und die Abberufung durch die Gesamtheit der Gesellschafter. Den Anstellungsvertrag schließt der Aufsichtsrat. Nach Schmidt⁴⁾, Bergmann⁵⁾ und Ballerstedt⁶⁾ ist die Gesamtheit der Gesellschafter zur Bestellung und zur Anstellung zuständig.

Bergmann ist der Meinung, daß der Aufsichtsrat zwar Vertretungsbefugnis zum Abschluß des Geschäftsführervertrages habe, es fehle ihm aber im Innenverhältnis eine entsprechende Geschäftsführungsbefugnis. Es sei richtig, daß die Zuständigkeit des § 112 AktG⁷⁾ nicht ausschließlich sei. Trotzdem könne man nicht sagen, die Gesamtheit der Gesellschafter und der Aufsichtsrat schließe den Anstellungsvertrag. Das Nebeneinander zweier Organe müßte zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.

1) In der Fassung des § 40 EG AktG 1965; die im folgenden genannten Autoren machten ihre Ausführungen zum AktG 1937; die Aktienrechtsreform brachte insoweit keine rechtliche Änderung. In § 77 BetriebsverfG n.F. werden nur anstelle der Vorschriften des AktG 1937 die entsprechenden Bestimmungen des AktG 1965 genannt.

2) Dem entspricht § 75 AktG 1937.

3) Bb-Hueck, GmbHG, Schlußanhang nach § 53 Anm 4 L b bb und Hueck, "Der Aufsichtsrat der GmbH", in BB 1953, 325 ff (327); sowie auch Hueck, DB 52, 781 (788).

4) Schmidt, "Die Einwirkungen des BetriebsverfG auf das Aktien- und das GmbH-Recht" in NJW 52, 1353 ff.

5) Bergmann, "Arbeitnehmer-Vertreter im Aufsichtsrat" in NJW 53, 81 ff (83).

6) Ballerstedt, "Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem BetriebsverfG" in GmbHRdSch 1952, 177 ff (179).

7) Dem entspricht § 97 AktG 1937.

Schmidt¹⁾ vertritt ausgehend vom einheitlichen Geschäftsführervertrag die Auffassung, wer nach Gesetz oder Satzung für die Bestellung im Sinne des § 46 Ziff 5 GmbHG zuständig sei, habe auch den Geschäftsführervertrag zu schließen. Die zwingend vorgeschriebene Anwendung des § 112 AktG stoße gleichsam ins Leere. Einig ist man sich nur darüber, daß § 112 AktG keine ausschließliche Zuständigkeit begründet,²⁾ obwohl im Recht der AG eine ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats zum Abschluß und zur Kündigung des Anstellungsvertrages besteht.³⁾

Es ist richtig, daß die Verweisung in § 77 BetriebsverfG auf § 112 AktG keine ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats zum Abschluß des Anstellungsvertrages begründen kann. Die ausschließliche Zuständigkeit zum Abschluß des Anstellungsvertrages wird für das Recht der AG unter Hinweis auf § 84 Abs 1 AktG aus dem Wesen der zwingenden Zuständigkeitsverteilung und dem Bestellungs- und Widerrufsrecht des Vorstandes hergeleitet. Eine gleichgestaltete zwingende Zuständigkeitsverteilung besteht im Recht der GmbH nicht, ebenso wenig wie ein ausschließliches Berufungs- und Abberufungsrecht des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat gem. § 47 BetriebsverfG ist aus arbeits- und sozialrechtlichen Gesichtspunkten⁴⁾ vorgesehen als "Plattform für die Unterrichtung und Prüfungstätigkeit der Arbeitnehmer-Vertreter".⁵⁾ Eine gesellschaftsrechtliche Notwendigkeit für einen Aufsichtsrat besteht nicht. Die dadurch bewirkte gesellschaftsrechtliche Strukturänderung ist nur sekundärer Art.

1) Hach.-Schmidt, § 52 I Anm 38

2) Hach.-Schmidt, § 52 Anm 60 mit weiteren Literaturnachweisen und die auf der vorhergehenden Seite in den Fußnoten angegebenen Schriftsteller.

3) Bb-Hueck, § 97 AktG Anm 2 A a; Schmidt in GroBK zum AktG 1937, § 97 Anm 3; BGHZ 12, 327 (333); 41, 282 (285); soweit ersichtlich unbestritten.

4) Dietz in Lehmann-Festschrift, S. 694.

5) Kreifels in GmbHRdSch 56, S.55

Sie bezweckt allein, die Überwachung der Geschäftsführung aus Gründen der Mitbestimmung sicherzustellen. Darüber hinaus ist eine Änderung der gesellschaftsrechtlichen Struktur der GmbH vom Gesetzgeber nicht gewollt.¹⁾ Deshalb ist es für das Recht der GmbH wichtig, daß die Verweisung auf § 112 AktG allein keine ausschließliche Zuständigkeit zum Abschluß und zur Kündigung des Anstellungsvertrages beinhaltet. Folglich kommt es nicht darauf an, ob man Bestellung und Anstellung als selbständige Akte unterscheidet, oder ob man mit Schilling vom einheitlichen Geschäftsführervertrag ausgeht, weil auch das Organ "Gesamtheit der Gesellschafter" zum Abschluß und zur Kündigung des Anstellungsvertrages zuständig bleibt. Für die Berufung und die Abberufung ist in jedem Fall die "Gesamtheit der Gesellschafter" zuständig. Es bleibt bei der Regelung des § 46 Nr.6 GmbHG.²⁾

Der Einwand Bergmanns, daß eine konkurrierende Zuständigkeit zum Abschluß und zur Kündigung des Anstellungsvertrages zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen müsse, ist nicht überzeugend. Der Abschluß des Anstellungsvertrages durch den Aufsichtsrat allein überträgt noch keine Organqualität, die Kündigung des Anstellungsvertrages beseitigt die Organstellung ebenfalls nicht. Wenn aber der Aufsichtsrat einen Dienstvertrag schließt, so ist dieser wirksam und die GmbH daran gebunden. Ob der Aufsichtsrat auch die Geschäftsführungsbefugnis besaß, ist für die Wirksamkeit unerheblich. Das Organ "Gesamtheit der Gesellschafter" kann diesen Dienstvertrag nur kündigen, wenn es damit nicht einverstanden ist. Eine solche Kündigung ist ebenfalls wirksam. Von erheblicher Rechtsunsicherheit kann bei diesem Sachverhalt keine Rede sein. Sie würde im übrigen in allen Fällen bestehen, in denen Aufgaben der

1) Dietz a.a.O. S. 706; ähnlich Nipperdey in GmbHRdSch 53, S. 156 ff (147).

2) Dietz, BVG § 77 Rd.Nr. 9; Fitting-Kraegelch-Auffarth zu § 77 BVG, Rd.Nr. 10 - 11; Galperin-Siebert, § 77 BVG Nr. 11 a und die Schriftsteller in den Aufsätzen auf S. 141.

Gesellschafterversammlung zulässig nicht ausschließlich auf ein anderes Organ übertragen wurden.

4. Die Übertragung des Abberufungsrechts auf den obligatorischen Aufsichtsrat nach § 77 BVG.

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Übertragung des Abberufungsrechts hat Gottmann¹⁾ geäußert. § 77 BVG verweise zwingend auf § 111 AktG²⁾. Diese Bestimmung verbiete die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben auf den obligatorischen Aufsichtsrat nach § 77 BVG. Deshalb sei die Übertragung des Abberufungsrechtes auf den obligatorischen Aufsichtsrat nach dem gesetzlichen Wortlaut³⁾ unzulässig.

Diese Auffassung Gottmanns ist schon im Ansatzpunkt nicht richtig; denn Gottmann unterstellt stillschweigend, daß die Ausübung des Abberufungsrechts Geschäftsführung im Sinne des § 111 Abs 4 Satz 1 AktG ist. § 111 Abs 4 Satz 1 AktG grenzt die Aufgaben des Aufsichtsrats von den Aufgaben des Vorstandes ab.⁴⁾ Die entsprechende Anwendung auf den obligatorischen Aufsichtsrat nach § 77 BVG verbietet deshalb die Übertragung von Aufgaben der Gesellschafterversammlung nicht. Außerdem bezweckt die Verweisungstechnik des Gesetzgebers in § 77 BVG nicht einen so weitgehenden Eingriff in die gesellschaftsrechtliche Struktur der GmbH. Der Gesetzgeber wollte aus Gründen der Mitbestimmung durch die Verweisung

1) AnR 53, 281

2) Früher § 95 AktG 1937

3) Gottmann a.a.O., erklärt deshalb aus dem Sinn und Zweck des BVG den § 95 AktG 1937, jetzt § 111 AktG für nicht anwendbar.

4) Argument aus § 111 Abs 4 Satz 2-4.

auf § 111 AktG dem obligatorischen Aufsichtsrat diesen Tätigkeitsbereich gewährleisten.¹⁾ Die Zulässigkeit der Übertragung des Abberufungsrechts wurde von der gesetzlichen Regelung nicht erfaßt. Die Übertragung auf den obligatorischen Aufsichtsrat ist zulässig.

Gottmann²⁾ verneint auch die weitere Frage, ob bei Bestehen eines obligatorischen Aufsichtsrates das Abberufungsrecht auf ein anderes Organ als diesen Aufsichtsrat übertragen werden kann. Es sei unzulässig, das Abberufungsrecht auf einen "Beirat" zu übertragen, an dem die Arbeitnehmervertreter nicht beteiligt seien, weil sonst die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat wesentlich beeinträchtigt würde.

Der Auffassung Gottmanns kann aus dem Zweck der Bestimmung des § 77 BVG nicht gefolgt werden. Der obligatorische Aufsichtsrat hat als öffentlich-rechtliches Kontrollorgan³⁾ zur Ausübung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer Überwachungsfunktionen. Die Abberufung des Geschäftsführers ist dem obligatorischen Aufsichtsrat nicht übertragen. Daraus muß man folgern, daß insoweit auch die bestehende gesellschaftsrechtliche Regelung vom Gesetzgeber nicht geändert wurde. Gründe der arbeits- und sozialrechtlichen Zweckbestimmung des § 77 BVG stehen nicht entgegen.⁴⁾

1) Dietz, Lehmann-Festschrift, S. 706; im Ergebnis ebenso Nipperdey, GmbHRdSch 53, 146 - 147.

2) AnR 53, 281 - 282.

3) Kreifels, GmbHRdSch 56, S.55

4) h.M.: Vgl. Schrifttum der Fußnote 1 S. 143.

V. Die Übertragung des Abberufungsrechts auf
eine außerhalb der Gesellschaft stehende Stelle.

Die Bestellung des Geschäftsführers durch eine außerhalb des körperschaftlichen Verbandes stehende Stelle wird allgemein für zulässig erachtet.¹⁾ Bedenken äußert nur Brodmann,²⁾ der jedoch diese Bedenken nicht näher begründet. Über die Zulässigkeit der Übertragung des Abberufungsrechts auf eine außenstehende Stelle herrscht Streit.

Fischer³⁾ verneint die Zulässigkeit der Übertragung des Abberufungsrechts, weil damit die Gefahr bestünde, daß die Willensbildung des Organmitgliedes durch die außenstehende Stelle beeinflußt würde. Die Willensbildung dieser Organe und ihrer Mitglieder müsse sich aber unabhängig von Dritten vollziehen.

1) KG, JW 26, 598 mit Anmerkungen von Fischer; Bb-Hueck, GmbHG, § 6 Anm 3 A c; Liebmann-Saenger, § 6 Anm 5; Staub-Hachenburg, 4. Aufl., § 35 Anm 42; Hach.-Schilling, § 35 Anm 42 b; Vogel, § 6 Anm 4; Scholz-Hefermehl, § 6 Anm 6; Feine, a.a.O., S. 474.

2) Brodmann, zu GmbHG, § 46, Anm 6 b

3) Fischer in Anmerkung zu KG, JW 26, 598

Hueck¹⁾ hält die Übertragung des Abberufungsrechts auf einen Dritten für unzulässig. Sie sei mit dem Wesen der GmbH unvereinbar. Hefermehl²⁾ verneint das Abberufungsrecht eines Dritten, da sonst dieser Dritte Herr der GmbH wäre. Nach Feine³⁾ wird der ernennende Dritte formalrechtlich in die Organisation der GmbH als Kurationsorgan mit einbezogen. Das Abberufungsrecht könne einem Dritten nie allein zustehen. Das Recht zur Abberufung könne dem eigentlichen gesellschaftsrechtlichen Organ nie völlig entzogen sein. Mindestens stehe es ihm neben dem Kurationsorgan zu. Molitor⁴⁾ unterscheidet für die AG das Bestellungsrecht, das den Dritten in den körperschaftlichen Verband als Kurationsorgan eingliedert, von der schuldrechtlichen Verpflichtung des Berufs- und Abberufungsorgans gegenüber dem Dritten, von der Abberufung in einem bestimmten Sinne Gebrauch zu machen. Nur in diesem Falle bleibe der Dritte außerhalb des körperschaftlichen Verbandes. Neben dem Kurationsorgan sei in jedem Fall immer auch die Generalversammlung zur Abberufung berechtigt. Bondi⁵⁾ erklärt, daß auch der Dritte allein zur Abberufung zuständig sei. Er sei aber verpflichtet, das Abbe-

1) Bb-Hueck, § 38 Anm 2 B.

2) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 7.

3) Feine, a.a.O., S. 474.

4) Molitor, Bestellung, S. 20.

5) Bondi, Dr. Felix "Übertragung des Rechts zur Besetzung gesellschaftlicher Ämter an dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen" in Festschrift für Liebmann, S. 278 ff (286).

rufungsrecht nach Treu und Glauben in der Weise auszuüben, daß er die Bestellung widerrufe, wenn der Bestellte ungeeignet sei. Bei Differenzen müsse die Rechtslage unter Bestellung eines besonderen Vertreters in Analogie zu § 29 BGB im Prozeßwege geklärt werden.

Wie wir gesehen haben, bleibt der Dritte nur dann außerhalb des körperschaftlichen Verbandes, wenn er nicht zum Organ bestellt wird. Wir haben bereits erörtert, daß es zulässig ist, einen Dritten zum Widerrufsorgan zu bestellen, da im Recht der GmbH das Prinzip der Drittorganschaft gilt. Ein Dritter außerhalb des körperschaftlichen Verbandes kann nur als bevollmächtigter Vertreter die Abberufungserklärung abgeben. Die Gesellschafterversammlung bleibt deshalb konkurrierend zur Abberufung zuständig, weil sonst insoweit ein Willensbildungsorgan fehlen würde. Gegen die Zulässigkeit der Bestellung eines gewillkürten Vertreters zur Erklärung des Widerrufs ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Jede Willenserklärung kann persönlich oder durch Vertreter abgegeben werden. Im Gesetz ist kein Anhaltspunkt dafür zu finden, daß eine Vertretung bei der Erklärung der Abberufung ausgeschlossen sein solle. Eine gewillkürte Vertretung ist deshalb zulässig. Die Willenserklärung des Vertreters gilt als Willenserklärung der GmbH. Damit erledigen sich aber auch die von der Literatur vorgebrachten Einwände; denn der Dritte ist Bevollmächtigter und kann nur bis zu dem Zeitpunkt die Abberufung erklären, in dem die Vollmacht widerrufen wird.

Auch bei unwiderruflicher Vollmacht oder nur beschränkt widerruflicher Vollmacht gilt nichts anderes; denn auch eine unwiderrufliche Vollmacht kann aus wichtigem Grund widerrufen werden.¹⁾ Außerdem bleibt die Gesellschafterversammlung immer zuständig, selbst den Widerruf zu erklären. Weder wird die GmbH deshalb von Dritten

1) Palandt § 168 BGB Anm 2; RGRK zum BGB § 168 Anm 3; Enneccerus-Nipperdey § 186 IV 2 b.

abhängig, noch wird die Willensbildung des Abberufungsorgans von dem Dritten beeinflusst. Auch eine Unvereinbarkeit mit dem Wesen der GmbH, wie Hueck meint, ist nicht ersichtlich. Aber auch wenn sich die Angriffe der Literatur gegen die Bestellung eines Dritten zum Widerrufsorgan richten - wegen des Prinzips der Drittorganschaft bei der GmbH an sich unverständlich -, so sind sie unbegründet. Selbst bei ausschließlicher Zuständigkeit des Dritten als Abberufungsorgan kann die Gesellschafterversammlung aus wichtigem Grund selbst die Abberufung beschließen und erklären. Sie kann darüber hinaus durch Satzungsänderung jederzeit ihre eigene Zuständigkeit begründen, weil dem Dritten ein Sonderrecht zur Abberufung nicht verliehen werden kann. Auch für diesen Fall sind deshalb die Bedenken unbegründet.

VI. Die Abberufungsbefugnis im Konkurs der GmbH.

Mit Eröffnung des Konkursverfahrens geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Konkursmasse auf einen vom Amtsgericht der Niederlassung der GmbH als Konkursgericht zu bestellenden Konkursverwalter über (§§ 6, 71 Abs 1, 78 Abs 1 KO). Fraglich erscheint, ob mit dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Konkursmasse auch das Recht auf den Konkursverwalter übergeht, den Geschäftsführer abzuverufen.

Die herrschende Meinung unterscheidet die Bestellung von der Anstellung. Sie vertritt durchweg übereinstimmend¹⁾ die Auffassung, daß der Konkursverwalter

1) Liebmann-Saenger, § 64 Anm 15, statt aller.

den Anstellungsvertrag nach § 22 KO kündigen, die Bestellung aber nicht lösen könne. Die Folge davon ist, daß die Vergütungsansprüche des Geschäftsführers nicht mehr Masseschulden im Sinne des § 59 KO sind. Zum gleichen Ergebnis kommt Schmidt¹⁾, aufbauend auf der Lehre vom einheitlichen Geschäftsführervertrag, wenn er erklärt, die darin enthaltenen schuldrechtlichen Beziehungen könnten vom Konkursverwalter gekündigt werden, die gesellschaftsrechtlichen blieben erhalten. Nach beiden Auffassungen bleibt der Geschäftsführer Organ der GmbH.

Der Zweck des Konkursverfahrens besteht in der Verwaltung und Verwertung des Vermögens des Gemeinschuldners, der sogenannten Konkursmasse. Insoweit enden mit der Konkurseröffnung auch die Befugnisse der Organe der GmbH, insbesondere die Befugnisse des Geschäftsführers. Auf den Konkursverwalter gehen all die Funktionen über, die zur Erfüllung der Aufgabe des Konkursverwalters erforderlich sind. Diese Rechte und Pflichten stehen dem Konkursverwalter nicht als Glied des Gesellschaftsorganismus, sondern als Vertreter²⁾ oder kraft Amtes zu. Kraft gerichtlichen Akts erhält der Konkursverwalter über das zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene Vermögen alleinige Verfügungsbefugnis. Die GmbH als Gemeinschuldnerin verliert insoweit die Verfügungsbefugnis, so daß auch ihre Organe nicht verfügen können (§§ 6,7,8 KO).

1) Hach.-Schmidt, § 63 Anm 12, mit weiteren Nachweisen.

2) Zum Streit Vertretertheorie im Gegensatz zur Amtstheorie siehe Jaeger, KO, Vorbemerkung zu §§ 6 - 9 KO; in diesem Zusammenhang ist eine weitere Stellungnahme nicht erforderlich.

Die alleinige Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters genügt zur Erreichung des Zwecks des Konkursverfahrens: Die Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse zur Befriedigung der Konkursgläubiger zu ermöglichen und durchzuführen. Dazu bedarf es nicht der Abberufung des Geschäftsführers oder eines sonstigen Organs. Das Gesetz kennt deshalb auch kein Abberufungsrecht des Konkursverwalters. Es statuiert in § 22 KO nur ein Kündigungsrecht der Dienstverträge der Angestellten. Nach dem Zweck des Konkursverfahrens ist eine Abberufung des Geschäftsführers durch den Konkursverwalter auch nicht erforderlich. Deshalb ist der übereinstimmenden Meinung zuzustimmen, daß der Konkursverwalter kein Abberufungsrecht besitzt.

VII. Die Zuständigkeit zur Erklärung der Abberufung.

Für die Zuständigkeit zur Erklärung der Abberufung kann man grundsätzlich von der Voraussetzung aus - gehen, daß die zur Bildung des Abberufungswillens zuständige Stelle auch die Abberufung zu erklären hat. Das gilt für die Bestellung eines besonderen Abberufungsorgans in gleichem Maße, wie für eine Delegation des Abberufungsrechts. Es gilt zwingend für den obligatorischen Aufsichtsrat nach Mitbestimmungs¹⁾ - und Mitbestimmungsergänzungsgesetz.²⁾

1) § 13 MitbestG in Verbindung mit § 84 AktG

2) § 13 MitbestErgG in Verbindung mit § 84 AktG

Der obligatorische Aufsichtsrat nach BVG und InvestmentG ist ebenfalls zur Erklärung der Abberufung zuständig. Zwar wird in diesen Gesetzen nicht auf § 84 AktG verwiesen, es bleibt deshalb bei der gesetzlichen Abberufungszuständigkeit des § 46 Ziff 6 GmbHG,¹⁾ die Erklärung der Abberufung fällt aber in die Vertretung der GmbH gegenüber dem Geschäftsführer und dazu ist nach § 112 AktG der Aufsichtsrat ausschließlich zuständig.²⁾ Das gleiche gilt für den fakultativen Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG, soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart wurde.³⁾ Nur wenn kein Aufsichtsrat besteht, kann der Geschäftsführer als Vertretungsorgan der GmbH die Abberufung erklären. Dabei kommt es nicht darauf an, daß der Geschäftsführer Alleinvertretungsmacht besitzt. Die Gesellschafter sind mit dem einverstanden, was der Geschäftsführer erklärt. Ein Mangel der Vertretungsmacht kommt deshalb nicht in Frage. Soweit aber die Gesellschafterversammlung zur Abberufung zuständig ist, kann sie auch selbst die Abberufung erklären. Einer besonderen Erklärung der Abberufung bedarf es aber nicht, wenn die Abberufung in Gegenwart des abzuberufenden Gesellschafters beschlossen wird.⁴⁾

1) Vgl. oben Abschnitt E IV 3.

2) Anders der entsprechende § 97 AktG 1937, der keine ausschließliche Vertretung der AG bzw. GmbH durch den Aufsichtsrat gegenüber Vorstandsmitgliedern bzw. Geschäftsführern begründete, (vgl. Godin-Wilhelmi, AktG, § 112 Anm 1).

3) Brodmann, § 38 Anm 2 a.

4) RGZ 68, 385; RG, LZ 1920, 799 = GmbHRSpr III, § 38 R 6.

Der Widerruf der Organstellung ist eines der wenigen Geschäfte, das die Gesellschafter selbst mit dem Geschäftsführer wirksam abschließen können, so daß die Beschlußfassung in Gegenwart des abzurufenden Geschäftsführers gleichzeitig die gemeinschaftliche Erklärung der Abberufung an den Geschäftsführer enthält.

Der Grundsatz, daß die zur Abberufung zuständige Stelle auch zur Erklärung zuständig ist, gilt ohne Einschränkung, wenn ein besonderes Abberufungsorgan bestellt oder einem Gesellschafter das Sonderrecht zur Abberufung eingeräumt wurde. Die Bestellung zum Abberufungsorgan wie das Sonderrecht zur Abberufung enthält auch die Vertretungsmacht zur Erklärung der Abberufung, selbst wenn andere Vertretungsorgane¹⁾ vorhanden sind.

1) Aufsichtsrat oder ein vertretungsberechtigter Geschäftsführer.

2. Hauptteil:

Das formelle Abberufungsrecht.

F Die Abberufung durch Beschluß.

I. Beschluß der Gesellschafterversammlung.

Soweit zur Abberufung nicht ein besonderes Organ bestellt und das Abberufungsrecht auch nicht delegiert wurde, entscheidet die "Gesamtheit der Gesellschafter" über die Abberufung des Geschäftsführers (§ 46 Ziff 5 GmbHG). Sie entscheidet durch Beschluß (§ 47 GmbHG). Die Beschlußfassung als solche ist der Akt der Willensbildung der GmbH. Aber auch wenn ein Beschluß nicht einstimmig gebildet, sondern nur von einer entsprechenden Majorität getragen ist, ist der Beschluß als "Manifestation eines einheitlichen Gesamtwillens" ¹⁾ anzusehen.

1. Die Einberufung der Gesellschafterversammlung.

Die Beschlußfassung über die Abberufung erfolgt in einer Gesellschafterversammlung (§ 48 Abs 1 GmbHG), es sei denn, sämtliche Gesellschafter erklären sich mit schriftlicher Stimmabgabe einverstanden. Die Gesellschafterversammlung ist beschlußfähig, wenn sie ordnungsgemäß einberufen wurde und mindestens ein stimmberechtigter Gesellschafter erschienen ist, ²⁾ soweit die Satzung nicht zusätzliche Erfordernisse aufstellt.

1) Hach.-Schmidt, § 45 Anm 7; Feine, a.a.O., S. 515 ff

2) Scholz-Hefermehl, § 48 RdNr. 3; Bb-Hueck, GmbHG, § 48 Anm 1 A; Wiedemann, BB 57, 696 ff.

Die Einberufung der Gesellschafterversammlung hat durch eingeschriebenen Brief (§ 51 Abs 1 Satz 1 GmbHG) unter Angabe von Ort und Zweck der Versammlung (§ 51 Abs 2 GmbHG) mindestens eine Woche vor der geplanten Versammlung zu erfolgen (§ 51 Abs 1 Satz 2 GmbHG).

Weigert sich der abzubrufende Geschäftsführer, zu dessen Aufgabenkreis die Einberufung der Gesellschafterversammlung gehört (§ 49 Abs 1 GmbHG), dieser Pflicht nachzukommen, um eine ihm ungünstige Beschlußfassung über seine Abberufung zu verhindern, so kann eine Gesellschaftergruppe, die mindestens den zehnten Teil des Stammkapitals (§ 5 GmbHG) in Händen hat, die Einberufung der Gesellschafterversammlung unter Angabe des Zwecks und der Gründe bewirken (§ 50 Abs 1 GmbHG).

Sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, die nur zur Gesamtvertretung berechtigt sind, so kann die Einberufung zur Gesellschafterversammlung auch einer allein bewirken, da es sich bei der Einberufung um einen gesellschaftsinternen Akt der inneren Geschäftsführung handelt.¹⁾ Die Problematik ist weiter unten im einzelnen dargestellt.²⁾

Auch ein eventuell vorhandener Aufsichtsrat kann die Gesellschafterversammlung einberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert.³⁾ Das Berufungsrecht des Aufsichtsrats besteht demnach nicht generell, sondern nur, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert.

1) Vgl. Scholz-Hefermehl, § 49 Anm 1; Vogel, § 49 Anm 1; Brodmann, § 49 Anm 2.

2) Siehe im einzelnen Abschnitt G IV 3, "Die Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses" der vorliegenden Arbeit.

3) § 52 GmbHG in Verbindung mit § 256 Abs 2 HGB - jetzt § 111 Abs 3 AktG; unbestritten, vgl. Bb-Hueck, § 49 Anm 2 A; Scholz-Hefermehl, § 49 Anm 3; Hach.-Schmidt, § 49 Anm 2 und 13; § 52 Anm 48; Feine, a.a.O., S. 534.

In diesem Fall besteht es aber unabhängig und neben dem Berufungsrecht des Geschäftsführers. Das gilt auch für den obligatorischen Aufsichtsrat nach dem BVG,¹⁾ nach dem InvestmentG²⁾, nach dem MitbestG³⁾ und nach dem MitbestErgG⁴⁾. In diesen Gesetzen ist jeweils zwingend auf § 111 AktG verwiesen, so daß im Bereich dieser Gesetze dem Aufsichtsrat das Berufungsrecht der Gesellschafterversammlung auch nicht durch Satzung genommen werden kann.⁵⁾ Das Berufungsrecht besteht aber nach § 111 Abs 3 AktG nur, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert. Das Wohl der Gesellschaft erfordert die Einberufung sicher, wenn die Hälfte des Stammkapitals verloren ist (§ 49 Abs 3 GmbHG). Wann es sonst der Fall ist, kann nur im konkreten Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen entschieden werden.⁶⁾

Die Regelung über das Recht der Einberufung der Gesellschafterversammlung ist dispositiv, wie aus § 45 Abs 2 GmbHG zu schließen ist. So können auch einzelne Gesellschafter, Prokuristen oder Bevollmächtigte zur Einberufung der Gesellschafterversammlung ermächtigt werden. Einigkeit besteht aber darüber, daß das erwähnte Einberufungsrecht der Minorität (§ 50 Abs 1 GmbHG) ein absolutes, durch Gesellschafts- oder Geschäftsführungsvertrag bzw. Anstellungsvertrag nicht zu beseitigendes Recht darstellt.⁷⁾

1) § 77 Abs 1 Satz 2 BVG in der Fassung des § 40 EG AktG 1965.

2) § 3 Satz 2 InvestmentG in der Fassung des § 34 EG AktG 1965.

3) § 3 Abs 2 MitbestG in Verbindung mit § 111 AktG.

4) § 2 MitbestErgG, bzw. § 3 Satz 3 MitbestErgG in Verbindung mit § 3 Abs 2 MitbestG.

5) Unbestritten; vgl. Hach.-Schmidt, § 52 Anhang 1, Anm 34.

6) Schmidt in GroßK zum AktG 1937 § 95 Anm 17.

7) Hach.-Schmidt § 45 Anm 50; Scholz-Hefermehl, § 49 Anm 3.

2. Die Mehrheitserfordernisse bei der Abstimmung.

Die Beschlußfassung über die Abberufung erfolgt nach dem Mehrheitsprinzip. Ist weder im Gesellschafts- noch im Anstellungs- bzw. Geschäftsführervertrag das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit zur wirksamen Abberufung vorgesehen, so ist der Abberufungsbeschluß gefaßt, wenn die Mehrheit der abgegebenen Stimmen die Abberufung bejaht.

Stellt sich nach Auszählung der abgegebenen Stimmen heraus, daß Stimmengleichheit zwischen den die Abberufung befürwortenden und den die Abberufung ablehnenden Stimmen besteht, so gilt die Abberufung als abgelehnt.¹⁾

Enthalten sich die Gesellschafter aus gesetzlichen Gründen oder gemäß einer getroffenen Vereinbarung²⁾ der Abgabe der ihnen gemäß ihrer Einlage zustehenden Stimmen, so werden diese nicht gewertet. Auch leere Stimmzettel und Stimmen aus eigenen Geschäftsanteilen der GmbH zählen nicht.

1) Vgl. zur Frage der Beschlußfähigkeit der Gesellschafterversammlung: Wiedemann, Dr. Herbert, "Abberufung eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grund in BB 57, 696 ff.

2) Bb-Hueck, GmbHG, § 47 Anm 2 A; Scholz-Hefermehl, § 47 Anm 2; Liebmann-Saenger, § 38 Anm 1.

3) Die Gesellschafter können Stimmrechtsvereinbarungen untereinander und mit dem Geschäftsführer treffen. Siehe dazu Scholz-Hefermehl, § 47 Anm 7; Vogel, Dr. Hermann; "die Rechtsprechung des BGH zum Recht der GmbH im Jahre 1957" in GmbHRdSch 1958, 139 ff.

3. Mehrheitserfordernisse bei Bestellung des
Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag.

Die Bestellung des Geschäftsführers kann im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Gesellschafterversammlung erfolgen (§ 6 Abs 2 Satz 2 GmbHG in Verbindung mit § 46 Ziff 5 GmbHG), soweit nicht der Gesellschaftsvertrag die Bestellung einer anderen Stelle überträgt. Wenn aber ein Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag bestellt wurde, ist immer zu fragen, ob zur Abberufung dieses Geschäftsführers eine satzungsändernde oder eine satzungsdurchbrechende Mehrheit erforderlich ist.

Nach Schilling¹⁾ wird die Bestellung im Gesellschaftsvertrag nicht dadurch zu einer Regel des Gesellschaftsvertrages. Sie könne deshalb ohne Beachtung der Vorschriften über die Satzungsänderungen aufgehoben und widerrufen werden. Es könne auch ein anderer Geschäftsführer ohne Satzungsänderung bestellt werden. Die gleiche Auffassung vertreten Hueck²⁾, Hefermehl³⁾, Vogel⁴⁾, und Liebmann⁵⁾.

1) Hach.-Schilling, § 6 Anm 7 unter Hinweis auf RGZ 44, 95 (98); KG, OLGR 3, 64 (65).

2) Bb-Hueck, § 38 Anm 2 B.

3) Scholz-Hefermehl, § 6 Anm 6 mit weiteren Rechtssprechungs-Nachweisen.

4) Vogel, GmbHG § 6 Anm 4.

5) Liebmann, § 6 Anm 5; die gleiche Auffassung Liebmann-Saenger, § 6 Anm 5.

Brodmann¹⁾ führt aus, daß der Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag im Zweifel nur äußerlich sei, so daß die Änderung dieser Bestimmung keine satzungsändernde Mehrheit erfordere. Die genannten Schriftsteller stützen ihre Meinung im wesentlichen auf die Entscheidungen des Reichsgerichts.

Das RG²⁾ führte dazu aus: Wenn auch eine doppelte Art der Bestellung zulässig sei, so werde durch diese Verschiedenheit nicht eine der Art nach verschiedene Befugnis zur Geschäftsführung geschaffen. Nur die Quelle der Entstehung sei eine mehrfache. Davon abgesehen stünden die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers als auch die Rechte und Pflichten der GmbH gegen ihre Geschäftsführer immer unter dem gleichen Recht. Die Übertragung der Geschäftsführung werde nicht in dem Sinne Teil des Gesellschaftsvertrages, daß eine Entziehung eine Abänderung dieses Vertrages selber bedeute. Vielmehr sei die an sich dem Gesellschafter zustehende Bestellung nur gleichzeitig mit der Errichtung des Gesellschaftsvertrages geschehen und darum in ihn hinübergenommen. Hierdurch könne und solle das Recht der Abberufung nicht verkürzt werden. Das wäre jedoch der Fall, wenn es zu seiner praktischen Geltendmachung der Mehrheit von drei Viertel der Stimmen bedürfte. Dieses würde insoweit dem GmbHG widersprechen, welches in § 38 Abs 1 die freie Widerruflichkeit statuiere, in § 38 Abs 2 nur die Beschränkung auf wichtige Gründe kenne und in §§ 45, 46 die Abberufung des Geschäftsführers der Beschlußfassung der Gesellschafter unterwerfe.

1) Brodmann, § 6 Anm 2 b

2) RGZ 44, 95 (98)

Die Beschlußfassung erfolge aber mit Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Dabei habe es sein Bewenden. Das Abberufungsrecht werde immer in der gleichen Form ausgeübt. Es wäre eine Schmälerung der gesetzlichen Gesellschafterrechte, wenn das Abberufungsrecht durch das Erfordernis der Satzungsänderung erschwert würde. In den späteren Entscheidungen¹⁾ bringt das RG keine neuen Argumente. Es verweist vielmehr auf die frühere Entscheidung. Nur in RG JW 1919, 314 weist es zusätzlich darauf hin, daß die Satzung mancherlei Bestimmungen enthalte, die keine Satzungsbestimmungen im eigentlichen Sinne seien. Eine Abänderung erfordere deshalb auch keine satzungsändernde Mehrheit. Auch das KG²⁾ verweist auf die Entscheidung des RG. Das OLG Oldenburg³⁾ bringt ebenfalls keine neue Begründung.

Zur Lösung dieser Frage muß man drei Fälle unterscheiden:

Das Sonderrecht zur Geschäftsführung, die Bestellung durch Gesellschaftsvertrag als echte Satzungsbestimmung und die Bestellung im Gesellschaftsvertrag bei Gelegenheit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages.

Wie wir bereits gesehen haben, kann das Sonderrecht ohne wichtigen Grund auch nicht mit qualifizierter Mehrheit entzogen werden. Der Beschluß bedarf zu seiner Wirksamkeit immer der Zustimmung des sonderberechtigten Gesellschafters. Das folgt aus dem entsprechend anwendbaren § 35 BGB und aus § 53 Abs 3 GmbHG; denn die Entziehung von Rechten ist der Vermehrung von Pflichten gleichzustellen.

1) RG, JW 1900, 417, Nr. 18; 1901, 410, Nr. 35; 1919, 313, Nr. 15.

2) KG in OLGR 3, 64 (65).

3) OLGR 42, 223 ff.

Die Bestellung im Gesellschaftsvertrag durch echte Satzungsbestimmung beinhaltet begrifflich, daß eine Abberufung nur mit satzungsändernder oder satzungsdurchbrechender Mehrheit zulässig ist. Ob eine derartige Beschränkung zulässig ist, wird weiter unten zu untersuchen sein.¹⁾ Hier interessiert deshalb nur die sogenannte Bestellung bei Gelegenheit des Gesellschaftsvertrages, so daß zur Abberufung eine Satzungsänderung nicht erforderlich ist.

Das GmbHG knüpft in keiner Bestimmung an die Bestellung des Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag besondere Rechtsfolgen hinsichtlich des Widerrufs seiner Organstellung. Es unterscheidet zwar zwei Möglichkeiten der Bestellung, zieht aber für die Abberufung daraus keine Konsequenzen. Es ist deshalb dem Reichsgericht zuzustimmen, daß es zwar verschiedene Quellen der Geschäftsführungsbefugnis gibt, daß aber keine unterschiedliche Geschäftsführungsbefugnis selbst besteht. Der Einwand, dagegen spreche die Bestellung durch Satzungsbestimmung und das Sonderrecht zur Geschäftsführung, greift nicht durch. Beides sind zulässige abweichende Regelungen, die durch Gesellschaftsvertrag abweichend von der gesetzlichen Regelung getroffen werden können, die aber nicht Ausfluß der gesetzlichen Regelung selbst sind. Die Bestellung des Geschäftsführers ist auch kein notwendiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrages, wie sich schon darin zeigt, daß die Bestellung auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages erfolgen kann. Diese nicht notwendigen Bestandteile des

1) Siehe dazu in diesem Kapitel Abschnitt 4, "Die Zulässigkeit von Mehrheitsvereinbarungen bei der Abberufung nach § 38 Abs 1 GmbHG".

Gesellschaftsvertrages sind deshalb im Zweifel auch nicht als Satzungsbestimmungen zu qualifizieren und zu behandeln, weil zu ihrer Wirksamkeit die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag nicht erforderlich ist¹⁾, und weil nicht angenommen werden kann, daß die Gesellschafter über die tatsächliche Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag hinaus auch rechtlich eine Satzungsbestimmung schaffen wollten, mit der Konsequenz, daß Änderungen immer des satzungsändernden Beschlusses bedürften. Daran denken die Gesellschafter meist gar nicht. Die Mitbeurkundung im Gesellschaftsvertrag dient nur der internen Klarstellung. Deshalb ist es richtig, wenn das RG die Bestellung im Gesellschaftsvertrag nur dann als echte Satzungsbestimmung behandelt, wenn besondere Umstände vorliegen, zumal im Gesetz selbst für eine unterschiedliche Behandlung der Bestellung im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Gesellschafter keine Anhaltspunkte vorhanden sind.

4. Die Zulässigkeit von Mehrheitsvereinbarungen bei der Abberufung nach § 38 Abs 1 GmbHG.

Wie dargelegt wurde, ist zur Abberufung des Geschäftsführers grundsätzlich die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich, aber auch genügend. Der Mehrheit müssen sich auch die dagegen stimmenden Gesellschafter beugen. Die Satzung kann für jede

1) Vgl. BGHZ 18, 205 (208); Bb-Hueck, § 3 Anm 1 D; unbestritten.

Beschlußfassung eine höhere Mehrheit vorschreiben.¹⁾

Im folgenden ist zu prüfen, ob auch generell für die Abberufung ohne wichtigen Grund höhere Mehrheitserfordernisse vorgeschrieben werden können.

Es ist unbestritten²⁾, daß für die Abberufung ohne wichtigen Grund Erschwerungen durch höhere Mehrheitserfordernisse in der Satzung erfolgen können. Das kann im konkreten Fall sogar dazu führen, daß Einstimmigkeit erforderlich ist, wenn z.B. drei Gesellschafter zu 51 %, 25 % und 24 % beteiligt sind und die Satzung eine Mehrheit von vier Fünftelvorsieht. Diese Mehrheit kann aufgrund der Beteiligungsverhältnisse nur durch einstimmigen Beschluß erreicht werden.³⁾

Die weitere Frage, ob höhere Mehrheitserfordernisse auch im Anstellungs- bzw. Geschäftsführervertrag vereinbart werden können, muß man grundsätzlich bejahen. Damit wird aber keine Gesellschaftsregel geschaffen, sondern die rein vertragliche Verpflichtung der GmbH gegenüber dem Geschäftsführer, die Abberufung nur bei der entsprechenden Mehrheit zu erklären. Ein mit einfacher Mehrheit gefaßter Abberufungsbeschluß ist wirksam. Die Abberufungserklärung ohne entsprechenden Mehrheitsbeschluß ist aber eine positive Vertragsverletzung, die die GmbH zur Naturalrestitution verpflichtet. Der Unterschied zeigt sich vor allem in der Wirkung. Auch der Abberufungsbeschluß, der einem satzungsmäßig

1) Unbestritten, vgl. Bb-Hueck, § 47 Anm 2 A; dies ergibt sich auch aus § 45 Abs 2 GmbHG.

2) Vgl. Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 16; Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 2 B; Hach.-Schilling, § 38 Anm 7.

3) Vgl. RG, LZ 1916, 809, Nr. 26.

erhöhten Mehrheitserfordernis nicht entspricht, ist als Stimmrechtsverstoß wirksam, aber anfechtbar.¹⁾ Die Anfechtung kann allerdings nur von einem Gesellschafter-Geschäftsführer erklärt werden, nie von einem Drittgeschäftsführer. Ein Drittgeschäftsführer kann aus einer solchen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages nur dann Rechte herleiten, wenn die Satzungsbestimmung durch Verweisung auf den Gesellschaftsvertrag zum Inhalt des Anstellungs- bzw. Geschäftsführervertrages wurde.

5. Die Zulässigkeit von Mehrheitsvereinbarungen bei der Abberufung aus wichtigem Grund gem. § 38 Abs 2 GmbHG.

Das RG²⁾ vertrat ursprünglich die Auffassung, eine weitere Erschwerung des Abberufungsrechts über die Beschränkung des Abberufungsrechts auf das Vorliegen wichtiger Gründe hinaus sei unzulässig. Bereits die Beschränkung auf wichtige Gründe schränke das Abberufungsrecht zu Lasten der GmbH sehr stark ein. Die Einführung einer qualifizierten Mehrheit verstoße gegen die insoweit zwingende Regelung des Gesetzes. Später erklärte das RG³⁾, daß die Vereinbarung einer qualifizierten Mehrheit auch bei Abberufung aus wichtigem Grund zulässig sei. § 38 Anm 2 GmbHG, der die Beschränkung der freien Widerruflichkeit vorsehe, enthalte keine Bestimmung über die Mehrheitserfordernisse des Abberufungsbeschlusses. Daher müsse daraus auch

1) Scholz-Hefermehl, § 47 Anm 10; unbestritten.

2) RGZ 44, 95 ff; ebenso KG, JW 1937, 549 Nr. 17.

3) RG in GmbHRSpr III zu § 38 GmbHG, Anm 3 a.

die Zulässigkeit einer Mehrheitsvereinbarung entnommen werden (*argumentum e contrario*), es sei denn, es würde eine Mehrheit festgelegt, die eine Abberufung praktisch ausschließen würde. Das OLG München¹⁾ sah in der Satzungsbestimmung, die die Beschlußfähigkeit der Gesellschafterversammlung nur bei Anwesenheit von sieben Achtel der gesamten Stimmen für gegeben hielt, keine unzulässige Erschwerung des Abberufungsrechts, weil in der Satzung gleichzeitig bestimmt war, daß bei Beschlußunfähigkeit sofort eine neue Gesellschafterversammlung einzuberufen sei, die in jedem Fall beschlußfähig wäre. Diese geringe Verzögerung müßten die Gesellschafter im Interesse einer breiten Mehrheitsentscheidung in Kauf nehmen.

Hachenburg²⁾ bejaht die Zulässigkeit besonderer Mehrheitserfordernisse ohne nähere Begründung. Die älteren Kommentare³⁾ nehmen zu dieser Frage nicht Stellung. Brodmann⁴⁾, Vogel⁵⁾ und

1) OLG München, BB 56, 938 ff.

2) Hachenburg, 5. Aufl., § 38 Anm 9 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, GmbHRdSch 24, 276, das die Entscheidung des LG Duisburg, GmbHRdSch 24, 158 aufhob.

3) Parisius-Crüger, Crüger-Crecelius, Staub, Staub-Hachenburg.

4) Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 2 a unter Hinweis auf RGZ 104, 182 (186).

5) Vogel, § 38 Anm 4; abweichend davon vertritt Vogel, "Satzungsmäßige Mehrheiten bei der Abberufung von Geschäftsführern aus wichtigem Grunde" in GmbHRdSch 51, 180 ff (181) die Auffassung, die Gesellschaft könne ihre vertraglichen Beziehungen frei regeln. Er widerspricht auch Scholz, indem er keinen Anhaltspunkt für dessen Behauptung sieht, durch die Vereinbarung einer qualifizierten Mehrheit würden öffentliche und Gläubigerinteressen verletzt.

Hueck¹⁾ verneinen die Zulässigkeit ohne nähere Begründung. Schilling²⁾ begründet die Unzulässigkeit damit, daß die durch die Mehrheit der Gesellschafter repräsentierte GmbH nicht gehindert werden dürfe, das Abberufungsrecht aus wichtigem Grund auszuüben. Hefermehl³⁾ wendet vor allem gegen die Zulässigkeit ein, daß die Abberufung aus wichtigem Grund im öffentlichen Interesse der GmbH und der an ihrem Gedeihen interessierten Gläubigerschaft zulässig sein müsse. Dies dürfe durch Festlegung entgegenstehender Interessen nicht gehindert werden. Der Wille des § 38 Abs 2 GmbHG gehe dahin, aus wichtigem Grund in jedem Fall eine Beendigung herbeiführen zu können. Bei wichtigem Grund habe der Gesellschafter-Geschäftsführer sogar kein Stimmrecht, da seine Stimme die Abberufung vereiteln könne. Das Einzelinteresse müsse dem öffentlichen Interesse weichen.

Eine den verschiedenen Interessen gerecht werdende Lösung der aufgeworfenen Frage ist m.E. nur dann zu finden, wenn man die angeführten Gesichtspunkte gegeneinander abwägt und feststellt, welche von ihnen dem Sinn und Zweck des § 38 GmbHG am nächsten kommen. Dabei muß noch einmal an den Sicherungszweck des § 38 GmbHG zugunsten der Gesellschaft gedacht werden. Dieser Sicherungszweck wird durch Vereinbarung des § 38 Abs 2 GmbHG zugunsten des Geschäftsführers schon stark eingeschränkt. Eine weitere Einengung ist geeignet,

1) Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 3 b mit dem Hinweis, daß die vielfach zitierte Entscheidung RGZ 104, 182 (186) die Mitgliedschaftsrechte beim Aufsichtsrat betreffe, die nicht diese Machtbefugnis wie die Stellung als Geschäftsführer verleiht.

2) Hach.-Schilling § 38 Anm 7.

3) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 16; ebenso Fischer, "Das Recht der oHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbHG" in GmbHRdSch 53, 131 ff (134); Gottschlich, GmbHRdSch 1957, 105 in einer Anmerkung zu OLG München in BB 56, 938.

den Sicherungszweck zu vereiteln. Daß der Gesetzgeber eine Vereitelung des Sicherungszwecks nicht gewollt hat, folgt schon aus der Unabdingbarkeit des § 38 GmbHG über den durch § 38 Abs 2 GmbHG gesetzten Rahmen hinaus. Wenn auch über die Mehrheitsverhältnisse in § 38 Abs 2 GmbHG nichts gesagt ist, so folgt doch aus der letzten Überlegung, daß der Gesetzeszweck die Vereinbarung eines solchen Mehrheitserfordernisses nicht gestattet, durch das die Abberufung praktisch ausgeschlossen wird. Das kann aber bei Einführung einer qualifizierten Mehrheit zur Fassung des Abberufungsbeschlusses dann eintreten, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer einen solchen Stimmenanteil selbst besitzt, daß ohne seine Zustimmung eine qualifizierte Mehrheit nicht zu erreichen ist. Dieser Überlegung hält auch das Argument von Vogel bezüglich der Vertragsfreiheit der Gesellschaft nicht stand; denn wo das Gesetz einen Zweck zwingend verfolgt, da kann die Gesellschaft seine Erfüllung nicht auf dem Umweg über die Vertragsfreiheit erschweren. § 38 Abs 2 GmbHG enthält insofern eben doch kein dispositives Recht. Darüber hinaus ist der wichtige Grund eine Art Generalklausel zur Lösung von Dauer- und Vertrauensverhältnissen¹⁾, die von Rechtsprechung und Lehre selbst dort allgemein anerkannt ist, wo das Gesetz eine

1) Vgl. oben Abschnitt C, III, 2, a.

Auflösung aus wichtigem Grund nicht vorgesehen hat. Wenn die Grenze überschritten ist, so daß eine weitere Tätigkeit des Geschäftsführers der GmbH unzumutbar ist, so kann die Beseitigung der Organstellung nicht an besonderen Mehrheitserfordernissen scheitern. Das würde bedeuten, daß die GmbH ein unzumutbares Dauer- und Vertrauensverhältnis fortsetzen müßte, obwohl sie repräsentiert durch die Mehrheit ihrer Gesellschafter eine Auflösung der vertraglichen Beziehungen wünscht. Der Hinweis Vogels auf die Vertragsfreiheit greift nicht durch. Vertragsfreiheit besteht nur im Rahmen der vom Gesetz gesetzten Grenzen. Eine der wichtigsten Grenzen ist dabei die Zumutbarkeit. Über die Grenze der Zumutbarkeit hinaus können weder Rechte noch Pflichten begründet werden.¹⁾

1) Über den Unterschied Außen- und Innentheorie siehe unten Abschnitt F, II, 5; man kann wohl nicht sagen, der wichtige Grund sei ein Unterfall des Grundsatzes von Treu und Glauben. Andererseits aber ist die Fortsetzung des Dauer- und Vertrauensverhältnisses unzumutbar, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, so daß der wichtige Grund wie Treu und Glauben eine Begrenzung der vertraglichen Pflichten enthält.

Dem Geschäftsführer kann deshalb kein Recht eingeräumt werden, aus wichtigem Grund nur mit Dreiviertelmehrheit abberufen zu werden. Die GmbH kann nicht verpflichtet werden, die Willensbildung müsse von einer qualifizierten Mehrheit getragen sein. Damit kann auch der Auffassung von Hefermehl nicht gefolgt werden, aus öffentlichen und Gläubigerinteressen müsse die Abberufung aus wichtigem Grund mit einfacher Mehrheit möglich sein. Die Grenze liegt bereits im Abberufungsrecht. Diese Grenze zeigt sich auch sonst darin, daß die Beseitigung des Abberufungsrechts aus wichtigem Grund unzulässig und unmöglich ist und daß der Gesellschafter bei seiner eigenen Abberufung aus wichtigem Grund kein Stimmrecht besitzt. Deshalb kann auch der zitierten Entscheidung des OLG München zugestimmt werden, daß eine nur kurzfristige zeitliche Verzögerung der Abberufung keine unzulässige Einschränkung des Abberufungsrechts aus wichtigem Grund darstellt, wenn und weil diese Verzögerung durchaus im Rahmen des Zumutbaren liegt. Aus den dargelegten Gründen ist es folglich richtig, wenn die wohl herrschende Meinung die Zulässigkeit von qualifizierten Mehrheitsvereinbarungen bei der Abberufung aus wichtigem Grund für unzulässig hält.

6. Das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers bei seiner Abberufung ohne wichtigen Grund.

Nach § 47 Abs 4 Satz 2 GmbHG hat der Gesellschafter bei der Beschlußfassung, die ein Rechtsgeschäft gegenüber dem Gesellschafter betrifft, kein Stimmrecht. Diese Vorschrift fand sich früher auch im Aktienrecht.¹⁾

1) § 252 Abs 3 HGB a.F.

Sie wurde in der Aktienrechtsreform von 1937 wegen der Unzahl der daraus entstandenen Streitfragen im Interesse der Rechtssicherheit bewußt gestrichen.¹⁾ Diese Regelung wurde in das AktG 1965²⁾ übernommen. Sie gilt aber auch für Vereine³⁾ und Genossenschaften.⁴⁾ Für die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers stellt sich dabei immer die Frage, handelt es sich um ein Rechtsgeschäft mit einem Gesellschafter, so daß der Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beschlußfassung nicht mitstimmen darf, oder gilt für die das Innenleben der Gesellschaft betreffenden Rechtsgeschäfte die Bestimmung des § 47 Abs 4 Satz 2 GmbHG nicht.

Bei der Abberufung ohne wichtigen Grund kann nach weitgehend übereinstimmender Auffassung der Gesellschafter-Geschäftsführer mitstimmen. Hueck⁵⁾ begründet es damit, daß der Geschäftsführer auch bei seiner Wahl mitstimmen dürfe, da es sich dabei nicht um ein Rechtsgeschäft, sondern um eine Verwaltungsmaßnahme handle. Hefermehl⁶⁾ verweist auf die gleichen Gründe. Im Anschluß an das Stimmrecht bei der Bestellung des Geschäftsführers habe die Rechtsprechung⁷⁾ auch das Stimmrecht bei der Abberufung anerkannt.

1) Siehe § 114 Abs 5 AktG 1937

2) Vgl. § 136 Abs 1 AktG 1965

3) Vgl. § 34 BGB

4) Vgl. § 43 Abs 3 GenSchG

5) Bb-Hueck, § 47 Anm 5 B; § 38 Anm 2 B unter Hinweis auf RGZ 60, 172 (173)

6) Scholz-Hefermehl § 38 Anm 17; § 37 Anm 1

7) Stimmrecht bei der Festsetzung der Bezüge: RGZ 74, 276 (280); bei der Ernennung zum gehobenen Angestellten: RG, DR 1944, 247 (248); Stimmrecht bei Ruhegehalt: BGHZ 18, 205 (210); RGZ 75, 234 (236) zweifelnd, ob bei Abberufung das gleiche gilt, bejahend RGZ 81, 37 (38) ohne Rücksicht auf wichtige Gründe; ebenso KG, JW 1928, 239, Nr. 2 und LZ 1925, 1166 (1167).

Der Gesellschafter könne mitstimmen, weil es sich hier um Geschäfte handle, die berechtigend und verpflichtend alle Gesellschafter betreffen oder betreffen können und über die gerade die Gesellschaft beschließen sollen. Wollte man sie ausschließen, würde man in diesen Fällen die Willensbildung und das Leben der GmbH unmöglich machen. Mitverwaltungsrechte und Akte des gesellschaftlichen Lebens müsse man deshalb aus dem Begriff der Rechtsgeschäfte im Sinne der §§ 47 Abs 4 GmbHG ausnehmen und die Rechtsgeschäfte entsprechend beschränken auf solche des Außenverkehrs. Feine¹⁾ weist darauf hin, daß das Gesetz mit der ausdrücklichen Nennung von Entlastung und der Befreiung von einer Verbindlichkeit (offensichtlich gesellschaftsrechtlicher Art) zwei wichtige Fälle innergesellschaftlicher Natur erwähne, so daß unter "Rechtsgeschäfte" nur solche mit einem Gesellschafter als Dritten zu verstehen seien. Vogel²⁾ hält das Stimmen des Gesellschafter-Geschäftsführers bei seiner Abberufung ohne wichtigen Grund für zulässig. Nach Liebmann³⁾ ist das Stimmrecht besser zu verneinen. Der ungetreue Geschäftsführer wäre sonst in der Lage, seine Mißwirtschaft gegen den Willen der übrigen Gesellschafter fortzusetzen. Brodmann⁴⁾ bejaht das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers bei seiner Abberufung. Zwar seien Bestellung und Abberufung als solche Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit dem Geschäftsführer, die Wahl aber als solche und die Abberufung als eine Wahl in entgegengesetzter Richtung lägen außerhalb des Rechtsgeschäfts.

1) Feine, a.a.O., S. 527 ff

2) Vogel, GmbHG, § 47 Anm 6 Ziff 3 unter Hinweis auf KG JW 1928, 239 Nr.2

3) Liebmann, § 47 Anm 9 unter Hinweis auf die schwankende Praxis der Rechtsprechung; ebenso Liebmann-Saenger, § 47 Anm 9

4) Brodmann, GmbHG, § 47 Anm 6 c und d und § 38 Anm 2 b.

Deshalb hindere auch § 47 Abs 4 GmbHG einen Gesellschafter nicht, sich selbst die Stimme zu geben. Er könne deshalb auch mitstimmen. Schmidt¹⁾ bejaht das Stimmrecht unter Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung, ohne eine eigene Begründung zu geben.

Das RG²⁾ begründete zunächst in zwei Entscheidungen die Einschränkung des Begriffs "Rechtsgeschäft" im Sinne des § 47 Abs 4 Satz 2 GmbHG. Nur bei Rechtsgeschäften, bei denen der Gesellschafter der GmbH als Dritter gegenüberstehe, könne es die Gefahr eines Interessenkonfliktes rechtfertigen, einen Gesellschafter von der Abstimmung auszuschließen. Wo es sich um die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft, um Akte des gesellschaftlichen Lebens handle, würde ein Stimmenthaltungsgebot eher zum Schaden als zum Nutzen der Gesellschaft gereichen. Es könnte dadurch bewirkt werden, daß die durch die Größe ihres Geschäftsanteils in erster Linie zur Verwaltung berufenen Personen von der Mitarbeit ausgeschlossen würden und den minderinteressierten Gesellschaftern den Platz räumen müßten. Daraus folge das Mitbestimmungsrecht bei der Wahl. Der Wahl sei die Abberufung gleichzustellen.³⁾

Wie die Darstellung der Meinungen in Literatur und Rechtsprechung zeigt, ist man sich heute einig, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer bei seiner eigenen Abberufung mitstimmen darf. Nur die Begründung ist uneinheitlich.

1) Hach, -Schmidt, § 47 Anm 23

2) RGZ 60, 172 (173); 74, 276 (280)

3) RGZ 81, 37 (38)

Die Begründung kann nicht der Unterscheidung entnommen werden, ob die Gesellschafter nur darüber beschließen, inwieweit ein Vertretungsorgan zur Erklärung der Abberufung ermächtigt wird, während die Entscheidung über die Abberufung dem Vertretungsorgan selbst obliegt, oder ob die Abberufung beschlossen wird, so daß das Vertretungsorgan nur noch Ausführungsfunktion, aber keine selbständige Entscheidungsmacht mehr besitzt. Nur im letzteren Fall liegt eine Interessenkollision¹⁾ vor, die nach dem Zweck des § 47 Abs 4 Satz 2 GmbHG das Mitstimmen des betroffenen Gesellschafters verbietet. Aus der Rechtsnatur der Abberufung und der Zuständigkeit der "Gesamtheit der Gesellschafter", die auch selbst die Abberufung erklären kann, wie wir oben gesehen haben, folgt, daß selbst bei Erklärung und Abberufung durch ein Organ oder besonderen Bevollmächtigten kein Spielraum für eine eigene Entscheidung des Organs besteht. Das Vertretungsorgan hat nur Ausführungsfunktion. Eine Interessenkollision liegt bei der Abberufung deshalb immer vor. Man kann auch nicht mit Brodmann argumentieren, der Abberufungsbeschluß liege außerhalb des Rechtsgeschäfts. Der Abberufungsbeschluß ist der Akt der Bildung des Abberufungswillens und als solcher notwendig Bestandteil der Abberufung als einseitiger empfangsbedürftiger Willenserklärung. Die Erklärungen des RG, daß das Stimmrecht bei der Wahl auch das Stimmrecht bei der Abberufung beinhalte - Anklänge finden sich auch bei Brodmann -, ist genau genommen eine *petitio principii*, weil gegen das Stimmrecht bei der Wahl die gleichen Bedenken bestehen. Richtig scheint mir der Ausgangspunkt von Hefermehl zu sein.

1) Hach, -Schmidt, § 47 Anm 23.

Die gleichen Überlegungen liegen letzten Endes auch der Rechtsprechung des RG zugrunde. Feine versuchte dieses Ergebnis aus dem gesetzlichen Wortlaut zu begründen. Der Geschäftsführer kann dann nicht mitstimmen, wenn er der GmbH wie ein Dritter gegenübertritt. Das Mitstimmen des Gesellschafters bei einem Rechtsgeschäft der GmbH mit ihm ist deshalb untersagt, weil der Abschluß des Rechtsgeschäfts mit dem Gesellschafter die Gefahr in sich birgt, daß der Abschluß zu ungünstigeren Bedingungen erfolgt, als bei Abschluß mit einem Dritten geschehen wäre, nur weil der Gesellschafter aufgrund seiner Beteiligung den Abschluß erzwingen konnte. Daraus folgt die einschränkende Auslegung des § 47 Abs 4 GmbHG. Innergesellschaftliche Verwaltungsakte werden nicht erfaßt. Eine Interessenkollision im strengen Sinn kann dabei nicht entstehen. Soweit die Interessen der Gesellschafter durch innergesellschaftliche Verwaltungsakte berührt werden, hat das Gesetz dies bewußt in Kauf genommen, indem es trotzdem die Entscheidung der Gesamtheit der Gesellschafter übertrug.¹⁾

Schwierigkeiten entstehen dann, wenn eine GmbH aus zwei Gesellschaftern mit gleichem Geschäftsanteil und gleichem Stimmrecht besteht und die Satzung für den Fall der Stimmengleichheit keine besonderen Vorschriften getroffen hat.

1) Vgl. Scholz-Hefermehl, § 47 Anm 2 und 11; unbestritten.

Dann fehlt es an einem Abberufungswillen der GmbH, wenn die Gesellschafter sich nicht einigen. Die Abberufung kann nicht wirksam erklärt werden. Viele Satzungen sehen deshalb in diesen Fällen die Entscheidung durch ein anderes Organ, durch einen der beiden Gesellschafter oder durch einen Dritten vor. Wie aber ist es, wenn derartige zulässige Satzungsbestimmungen fehlen? Bei Abberufung ohne wichtigen Grund ist es angängig, daß die Abberufung nicht erklärt werden kann; denn die GmbH kann nicht die Abberufung durch das Gericht verlangen, wenn ihr selbst die Abberufung nicht gelingt.¹⁾ Wie aber ist es bei Abberufung aus wichtigem Grund?

Wenn der Gesellschafter gleichzeitig Geschäftsführer ist, kann der andere Gesellschafter die Abberufung aus wichtigem Grund beschließen und erklären, weil ein Gesellschafter-Geschäftsführer bei seiner eigenen Abberufung aus wichtigem Grund nicht mitstimmen darf,²⁾ und die Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidet. Das geht soweit, daß ein Gesellschafter allein einen Gesellschafterbeschluß mit den Stimmen seines Geschäftsanteils fassen kann,³⁾ und ein Gesellschafter allein beschließt, wenn der andere Gesellschafter wegen § 47 Abs 4 GmbHG nicht mitstimmen darf.⁴⁾ Die Problematik tritt deshalb nur dann auf, wenn ein Drittgeschäftsführer aus wichtigem Grund abberufen werden soll und ein Gesellschafter die Abberufung beschließen will, der andere aber dagegen stimmt.

1) Vgl. Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 16 b und Anm 18.

2) Darüber im nächsten Kapitel.

3) RGZ 34, 110 (116); 82, 382 (388).

4) OLG Nürnberg, GmbHHRdSch 58, 194; für den Fall der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen einen Mitgeschäftsführer.

Man kann in diesen Fällen wie auch sonst bei Stimmengleichheit nicht von einem wirksam gebildeten Willen der GmbH sprechen. Der Gesellschafter ist auch grundsätzlich frei, nach seiner Meinung und nach seinem Interesse zu stimmen. Die Stimmabgabe ist aber Willenserklärung des einzelnen Gesellschafters¹⁾ und kann als Willenserklärung nach den allgemeinen Grundsätzen nichtig oder anfechtbar sein.²⁾ Aber selbst wenn man mit Brodmann der Auffassung wäre, die Stimmabgabe sei keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, so wären doch die §§ 105, 166 ff BGB entsprechend anzuwenden.³⁾ Wenn aber die widersprechende Stimmabgabe nichtig ist, so fallen die Gegenstimmen weg, d.h. sie gelten im Sinne des § 47 Abs 1 GmbHG als nicht abgegeben⁴⁾, so daß die Stimmen des anderen Gesellschafters allein, trotz tatsächlicher Stimmengleichheit, die Mehrheit der abgegebenen Stimmen darstellen und für einen wirksamen Abberufungsbeschluß ausreichen.

1) Hach.-Schilling, § 45 Anm 9 ff; Bartholomeyczik, Dr.Horst "Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß" in AcP 144, 287 ff mit weiteren Nachweisen; Würdinger, Gesellschaftsrecht I, § 11, II.

2) Siehe Literatur der vorherigen Anmerkung und Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 9; § 47 Anm 6; Bb-Hueck, § 47 Anm 3 F; Liebmann, § 47 Anm 13; Liebmann-Saenger, § 47 Anm 14; anderer Meinung, soweit ersichtlich nur: Baumbach, 4. Aufl. Anm 3 und Brodmann, GmbHG, § 47 Anm 2.

3) RG JW 1929, 2134 (2137); BGH LM Nr.1 zu § 197 AktG und eingehend Bartholomeyczik, Dr.Horst "Die Stimme im System unserer Rechtshandlungen", S. 25 ff; auf Einzelheiten braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen zu werden.

4) Scholz-Hefermehl, § 47 Anm 2, unbestritten.

Nichtigkeit der Stimmabgabe wird man aber nur in engen Ausnahmefällen selbst bei Vorliegen eines wichtigen Grundes anerkennen müssen, z.B. bei Stimmenkauf durch den abzubrufenden Geschäftsführer, weil darin ein vorsätzliches kollusives Verhalten zum Schaden der GmbH liegt. Von diesen Ausnahmefällen abgesehen wird man daran festhalten müssen, daß die Stimmen eines Gesellschafters allein zur Beschlußfassung der GmbH nicht ausreichen und er deshalb gegen die Stimmen des Mitgesellschafters einen Drittgeschäftsführer nicht abberufen kann. Das beruht auf dem Prinzip der Willensbildung der GmbH durch Stimmabgabe und Mehrheitsentscheidung.

7. Das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers bei seiner Abberufung aus wichtigem Grund.

Während das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers bei seiner Abberufung ohne wichtigen Grund fast einhellig bejaht wurde, wird das Stimmrecht bei Abberufung aus wichtigem Grund, soweit ersichtlich, ebenso einhellig¹⁾ abgelehnt. Das RG²⁾ lehnt das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers mit der Begründung ab, daß "nach dem Willen des Gesetzes die Interessen der GmbH und deren Wahrnehmung durch die Gesellschafter nicht durch das gesetzliche und das satzungsmäßige Stimmrecht des unmittelbar beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführers beeinträchtigt werden sollen." Das RG nimmt deshalb in diesem Fall einen besonderen "Stimmrechtsbehinderungsgrund" als gegeben an, wie es auch Brodmann tut.³⁾

1) Vgl. Literatur-Angaben des vorherigen Abschnitts und RGZ 138, 98 (103); Hanseatisches OLG, GmbHRdSch 54, 188; Hueck, Anm zu NJW 51, 719 Nr. 16; Scholz, Dr. Franz "Zur Frage der Abberufung eines Geschäftsführers und Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters" in GmbHRdSch 51, 85 ff.

2) RG, a.a.O.

3) Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 2 d.

Eine allgemeine Verneinung des Stimmrechts aus dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs oder der Sittenwidrigkeit lehnt das RG ab.¹⁾ Das RG glaubt, dem Gesellschafter-Geschäftsführer das Stimmrecht umso eher versagen zu können, als dies ~~er~~ nach erfolgter Abberufung aus wichtigem Grund eine richterliche Nachprüfung des Beschlusses verlangen kann.

Hueck²⁾ verneint das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers aus ähnlichen Gesichtspunkten wie das RG. Er stimmt der Entscheidung des RG im Grundsatz aus dem Gedanken zu, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer bei seiner Abberufung aus wichtigem Grund nicht Richter in seiner eigenen Sache sein dürfe. Darüber hinaus zieht er eine Parallele zur oHG, wo der gleiche Fall eine ebensolche Regelung erfahren hat. Hueck stellt zur Lösung des Problems den allgemein gültigen Grundsatz auf, daß Gesellschafter bei der Beschlußfassung über Maßnahmen wegen solcher wichtigen Gründe, die in ihrer Person begründet sind, nicht mitstimmen dürfen; denn es sei den anderen Gesellschaftern ein daraus eventuell resultierendes Andauern des gefährlichen Zustandes nicht zuzumuten. Auch Hueck folgert die Billigkeit seiner Lösung gegenüber dem Gesellschafter-Geschäftsführer aus dessen Rechtsanspruch auf richterliche Nachprüfung der Abberufung. Stelle der Richter einen wichtigen Grund fest, dann ergebe sich schon daraus, daß die Abberufung notwendig und berechtigt gewesen sei.

1) RGZ 124, 371 ff (380)

2) Hueck in Anmerkung zu NJW 51, 719 Nr.16

Scholz¹⁾ lehnt das Stimmrecht mit dem wörtlich gleichen Ausdruck ab, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer "nicht Richter in eigener Sache" sein könne. Hefermehl²⁾ vertritt die Meinung, aus wichtigem Grund müsse im öffentlichen Interesse der GmbH und der an ihrem Gedeihen interessierten Gläubigerschaft eine Abberufung immer zulässig sein. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Satzung das Abberufungsrecht auf das Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt habe. Die Behauptung eines wichtigen Grundes allein genüge. Der Gesellschafter habe immer als Korrelat des Stimmrechtsausschlusses die Möglichkeit, das Vorliegen eines wichtigen Grundes gerichtlich nachprüfen zu lassen. Schilling³⁾ und Schmidt⁴⁾ kommen zu dem gleichen Ergebnis. Der Geschäftsführer dürfe durch sein Mitstimmen seine Abberufung aus wichtigem Grund nicht verhindern. Es könnte sonst die Minorität gezwungen werden, ihre Interessen einem Betrüger und Fälscher anzuvertrauen.

Wie wir bereits in dem vorhergehenden Kapitel dargestellt haben, ergibt sich das Stimmrechtsverbot nicht aus § 47 Abs 4 GmbHG. Rechtsgeschäfte im Sinne dieser Vorschrift sind nur Geschäfte, bei denen der Gesellschafter der GmbH als Dritter gegenübertritt.

Aber auch mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung kann das fehlende Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers nicht erklärt werden. Es ist sicher richtig, daß jeder Rechtsausübung Schranken auferlegt sind, die den Inhalt oder den Umfang des Rechts begrenzen.

1) Scholz, Dr. Franz "Zur Frage der Abberufung eines Geschäftsführers und Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters" in GmbHHRdSch 51, 85 ff

2) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 17; § 47 Anm 19 unter Hinweis auf §§ 737 BGB; § 140 Abs 1 HGB

3) Hach.-Schilling, § 38 Anm 2, 7 und 10

4) Hach.-Schmidt, § 47 Anm 22; § 47 Anm 23.

Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob diese Schranken von außen materiellrechtlich-positiv an das Recht¹⁾ herangetragen werden, ohne das Recht in seinem Bestand zu berühren oder ob die Grenzen sich aus dem Recht selbst ergeben, dem Recht also immanent sind.²⁾ Nach der ersteren Auffassung besitzt der Gesellschafter-Geschäftsführer zwar ein Stimmrecht, darf es aber nicht ausüben, nach der letzteren ist das Stimmen außerhalb der inhaltlichen Grenzen des Stimmrechts eine Rechtsausübung ohne Recht, also ein Abstimmen ohne Recht. Die Grenze der Stimmrechtsausübung könnte aber nur von Fall zu Fall festgesetzt werden. Sie könnte nur dann überschritten werden, wenn durch das Stimmen des Gesellschafter-Geschäftsführers eine Abberufung unmöglich würde, weil jetzt die zur Willensbildung erforderliche Mehrheit nicht erreicht würde und die Verhinderung einer entsprechenden Willensbildung der GmbH sich aus den gesamten Umständen als unzulässige Überschreitung der Grenzen des Stimmrechts darstellt. Zwar wäre die Verhinderung der Willensbildung der GmbH bei der Abberufung aus wichtigem Grund wohl immer unzulässige Stimmrechtsausübung, der Gesellschafter könnte aber immer dann mitstimmen, wenn seine Stimmen auf die Mehrheitsentscheidung keinen Einfluß hätten. Das würde bedeuten, daß ein Gesellschafter-Geschäftsführer generell auch bei seiner eigenen Abberufung aus wichtigem Grund stimmberechtigt wäre. Das kann aber gerade aus dem Sinn und Zweck der Unentziehbarkeit des Abberufungsrechts aus wichtigem Grund nicht bejaht werden. Der Gesellschafter-Geschäftsführer hat im Falle seiner Abberufung aus wichtigem Grund überhaupt kein Stimmrecht.

1) Außentheorie vgl. Staudinger-Weber § 242 Anm D 24 und D 25 mit weiteren Literaturnachweisen.

2) Staudinger-Weber, § 242 Anm D 26 - D 28.

Das ergibt sich primär nicht daraus, daß der Gesellschafter nicht Richter in eigener Sache sein kann, sondern aus dem wichtigen Grund als Generalklausel zur Lösung von Dauer- und Vertrauensverhältnissen und aus der Unverzichtbarkeit auf das Abberufungsrecht aus wichtigem Grund, das deshalb auch in keiner Weise beschränkt werden darf.¹⁾ Begrifflich ist es deshalb nicht ganz exakt, vom Stimmrechtshinderungsgrund zu sprechen. Es wird nicht die Ausübung eines vorhandenen Stimmrechts gehindert, sondern es fehlt jedes Stimmrecht. Im übrigen liegt im Stimmrechtsausschluß keine unzulässige Beschränkung der Rechte des Gesellschafters - er ist auch der gesellschaftsinternen Entscheidungsinstanz nicht schutzlos ausgeliefert -, weil er jederzeit das Vorliegen eines wichtigen Grundes nachprüfen lassen kann. Darauf weisen Scholz und Hefermehl mit Recht hin. Der Gesellschafter kann deshalb bei seiner Abberufung aus wichtigem Grund nicht mitstimmen.

8. Das Stimmrecht eines Dritten bei der Beschlußfassung über die Abberufung.

Das Stimmrecht kann auch durch einen schriftlich Bevollmächtigten ausgeübt werden (§ 47 Abs 3 GmbHG). Hinsichtlich der Rechtsstellung des Bevollmächtigten kann auf die Vorschriften der §§ 164 ff BGB Bezug genommen werden.²⁾

1) Vgl. dazu oben Abschnitt C III 2 a.

2) OLG Neustadt a.d.Weinstraße, Beschluß vom 13.9.51; Vogel, § 47 Anm 5.

Es stellt sich aber die Frage, ob auch einem Nichtgesellschafter ein Stimmrecht eingeräumt werden kann.

Nach Vogel¹⁾ können Nichtgesellschafter ein Stimmrecht im Rechtssinne nicht haben. Die Wirksamkeit von Beschlüssen könne aber von der Zustimmung eines Nichtgesellschafters abhängig gemacht werden. Hueck²⁾ erklärt das Stimmrecht als Mitgliedsrecht für nicht übertragbar. Liebmann³⁾ führt aus, daß das Stimmrecht nur denen zustehe, die ihre Geschäftsanteile in gesetzlicher Weise erworben hätten. Brodmann⁴⁾ ist der Auffassung, das Stimmrecht sei mit dem Geschäftsanteil untrennbar verbunden und stehe dem zu, der der Gesellschaft gegenüber als Inhaber gelte. Hefermehl⁵⁾ meint, nur der Gesellschafter habe Stimmrecht. Das folge aus dem Wesen der Gesellschaft. Die Wirksamkeit des Beschlusses könne von der Zustimmung eines Nichtgesellschafters abhängig gemacht werden. Die Zustimmung sei ein zusätzliches Erfordernis. Sie beinhalte deshalb auch kein Stimmrecht im Rechtssinne. In gleichem Sinne äußert sich Schmidt.⁶⁾

Das Stimmrecht ist Mitgliedsrecht. Als Mitgliedsrecht kann es nur Gesellschaftern übertragen werden. Jeder Gesellschafter muß gleichzeitig notwendig einen Geschäftsanteil besitzen. Man kann daraus aber nicht umgekehrt folgern, daß jeder Geschäftsanteil notwendig mit Stimmrecht ausgestattet sein müsse.⁷⁾

1) Vogel, § 47 Anm 5, letzter Absatz.

2) Bb-Hueck, GmbHG, § 47 Anm 3 A.

3) Liebmann, § 47 Anm 2; die gleiche Auffassung vertritt Liebmann-Saenger, § 47 Anm 2.

4) Brodmann, GmbHG, § 47 Anm 1 b.

5) Scholz-Hefermehl, § 47 Anm 3 und Anm 11.

6) Hach.-Schmidt, § 47 Anm 4.

7) Die h.M. läßt die Ausschließung des Stimmrechts zu; vgl. Hach.-Schmidt, § 47 Anm 7 a.

Einem Dritten kann nie ein Stimmrecht eingeräumt werden. Das ist mit dem Wesen der Mitgliedschaft unvereinbar. Wenn sich nun aber trotzdem in der Satzung die Bestimmung findet, daß z.B. Genußscheininhaber Stimmrecht besitzen, so muß diese Regelung dahin umgedeutet werden, daß die Wirksamkeit des Beschlusses von der Zustimmung der Genußscheininhaber abhängig ist. Das Zustimmungserfordernis ändert den Akt der Willensbildung nicht. Die Stimmen der Genußscheininhaber können bei der Abstimmung nicht mitgezählt werden. Die Mehrheit der Gesellschafter bildet den Willen der GmbH. Die Mehrheit der Genußscheininhaber erklärt unabhängig davon die Zustimmung, wenn die maßgebliche Genußrechtsvereinbarung Mehrheitsentscheidung vorsieht. Die Auffassung der Literatur ist deshalb richtig, daß nur die Gesellschafter Stimmrecht besitzen und ausüben können.

9. Die Formerfordernisse des Abberufungsbeschlusses.

Das GmbHG schreibt weder eine Niederschrift über den Hergang einer Gesellschafterversammlung, noch die Protokollierung der in der Gesellschafterversammlung gefaßten Beschlüsse mit Ausnahme der Satzungsänderung (§ 53 Abs 2 GmbHG; anders § 130 AktG) vor. Aus Beweisgründen wird sich eine Protokollierung aber im Regelfall als zweckmäßig erweisen. Eine Ausnahme kennt das Gesetz nur, wenn eine Abstimmung im schriftlichen Verfahren ohne Gesellschafterversammlung nach § 48 Abs 2 GmbHG stattfindet. Dieses Verfahren kann mit Ausnahme von Satzungsänderungsbeschlüssen¹⁾ für jede Beschlußfassung erfolgen, also auch für die Abberufung.

1) Bb-Hueck, GmbHG, § 48 Anm 2 A; Scholz-Hefermehl, § 48 Anm 10, unbestritten.

Dabei unterscheidet das Gesetz zwei Möglichkeiten:
Die schriftliche Zustimmung sämtlicher Gesellschafter oder das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter mit schriftlicher Stimmabgabe.

Das Schrifttum¹⁾ verlangt mit Recht, daß bei Zustimmung sämtlicher Gesellschafter alle stimmberechtigten Gesellschafter dem Beschluß zustimmen, daß aber alle Gesellschafter, auch die vom Stimmrecht nach § 47 Abs 4 GmbHG ausgeschlossenen und die nicht stimmberechtigten Gesellschafter, dem schriftlichen Verfahren als solchem zustimmen müssen. Nur diese Auslegung des Gesetzes gewährleistet, daß kein Gesellschafter beim Abweichen von der normalen Art der Beschlußfassung übergangen wird. Beim Einverständnis sämtlicher Gesellschafter mit schriftlicher Abstimmung - das Einverständnis braucht nicht schriftlich²⁾ oder ausdrücklich erfolgt zu sein - erfolgt die schriftliche Beschlußfassung selbst nach Stimmenmehrheit.³⁾ An die Schriftform bei schriftlicher Abstimmung nach § 48 Abs 2 GmbHG sind keine so strengen Anforderungen zu stellen, wie sie in § 126 BGB aufgestellt sind. Man wird deshalb bei telegraphischer Antwort die Schriftform als gewahrt betrachten dürfen.

Von der schriftlichen Abstimmung nach § 48 Abs 2 GmbHG abgesehen, kennt das GmbHG keine Formvorschriften. Insbesondere gelten mit Ausnahme der Satzungsänderung keine Protokollierungsvorschriften für die Beschlußfassung in der Gesellschafterversammlung. Die Praxis füllt die bestehende Lücke teilweise durch Bestimmungen über Formerfordernisse im Gesellschaftsvertrag aus.

1) Hach.-Schmidt, § 48 Anm 13; Bb-Hueck, GmbHG, § 48 Anm 2 A; Scholz-Hefermehl, § 48 Anm 8.

2) BGHZ 28, 355 (358)

3) Scholz-Hefermehl, § 48 Anm 9; unbestritten.

Viele Gesellschaften geben sich eine Geschäftsordnung, die den formellen Ablauf der Beschlußfassung im einzelnen festlegt. Auch für den Fall des Abberufungsbeschlusses ist eine bestimmte Form nicht vorgesehen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob zur Wirksamkeit der Abberufung die Einhaltung einer bestimmten Form erforderlich ist. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob bei satzungsmäßigen Formvorschriften ein Abberufungsbeschluß ohne Einhaltung dieser Formvorschriften wirksam ist.

Auch wenn man mit Scholz¹⁾ das Fehlen jeder Formvorschrift als ein Versäumnis des Gesetzgebers betrachtet, so gilt doch auch für den Abberufungsbeschluß, daß er grundsätzlich ohne jede Form wirksam ist, weil das Gesetz eben keine Form vorgeschrieben hat. Davon zu unterscheiden ist die Notwendigkeit der Protokollierung des Abberufungsbeschlusses zur Anmeldung der Abberufung im Handelsregister; denn nach § 39 Abs 2 GmbHG sind die Urkunden über die Beendigung der Vertretungsbefugnis beizufügen, also auch der protokollierte Abberufungsbeschluß.²⁾ Die Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister selbst ist aber zu einer wirksamen Abberufung nicht erforderlich. Die Eintragung selbst wirkt lediglich rechtsbezeugend,³⁾ so daß auch aus der Anmeldung nach § 39 GmbHG auf eine Protokollierung als Wirksamkeitsvoraussetzung des Abberufungsbeschlusses nicht geschlossen werden kann. Der Beschluß bedarf deshalb auch keiner Protokollierung.

1) Scholz, Dr. Franz "Formvorschriften im Recht der GmbH" in GmbHRdSch 50, S. 3 ff und S. 37 ff.

2) Scholz-Hefermehl, § 39 Anm 6 mit weiteren Einzelheiten ; unbestritten.

3) BGH in BB 60, 880; Bb-Hueck, GmbHG, § 39 Anm 3 C; unbestritten, gutgläubige Dritte sind nach § 15 HGB geschützt.

Hinsichtlich der weiteren Frage, ob ein Beschluß ohne die vorgeschriebene Form wirksam ist, besteht Einigkeit¹⁾ nur beim Satzungsänderungsbeschluß. Der nicht gerichtlich oder notariell beurkundete Satzungsänderungsbeschluß ist nichtig (§ 241 Abs 2 AktG). Die Nichtigkeit kann aber durch Eintragung ins Handelsregister geheilt werden (§ 241 Abs 1 AktG).

Bei satzungsmäßigen Protokollierungsvorschriften hat sich die Praxis dahingehend ausgebildet, daß ein Beschluß ohne privatschriftliche Protokollierung wirksam, aber anfechtbar ist, weil die private Protokollierung nur Beweiszwecken diene, der Beschluß ohne vorgeschriebene gerichtliche oder notarielle Beurkundung aber nichtig sei. Das RG²⁾ führt dazu aus, daß eine Satzungsbestimmung, die die Zuziehung eines Notars oder Richters als Urkundsbeamten~~erfordere~~, nur als Aufstellung einer Voraussetzung für die Gültigkeit eines Beschlusses verstanden werden könne. Die Nichtigkeit folge aber nicht aus § 125 Abs 2 BGB, da der Beschluß als solcher kein Rechtsgeschäft sei. Eine an sich denkbare analoge Anwendung erörtert das RG nicht.

Der Auffassung des RG haben sich Hueck³⁾, Vogel⁴⁾ und Brodmann⁵⁾ angeschlossen. Hueck vertritt aber die Auffassung, daß der Beschluß ohne gerichtliche oder notarielle Beurkundung entgegen einer Satzungsbestimmung nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sei.

1) Vgl. statt vieler Scholz-Hefermehl, § 48 Anm 7.

2) RGZ 122, 367 (369); auch RGZ 104, 413 (415).

3) Bb-Hueck, GmbHG, § 48 Anm 1 E.

4) Vogel, § 48 Anm 3.

5) Brodmann, GmbHG, § 48 Anm 2.

Die gleiche Meinung vertritt im Ergebnis Hefermehl.¹⁾
Eine Protokollierungsvorschrift sei rechtlich grundsätzlich nicht bedeutungslos. Sie führe immer zur Anfechtbarkeit, nie aber zur Nichtigkeit. Die Form dürfe nie über die Sache gestellt werden.

Zur Lösung des Problems muß man davon ausgehen, ob die Satzung in der Protokollierung eine reine Ordnungsvorschrift oder eine Wirksamkeitsvoraussetzung aufstellen wollte. Die private Protokollierungsvorschrift wird man im Zweifel immer als Ordnungsvorschrift zu betrachten haben, während die gerichtliche oder notarielle Beurkundung im Zweifel als Wirksamkeitsvoraussetzung von den Gesellschaftern gewollt ist.²⁾ Kommt die Auslegung zum Ergebnis, die Protokollierungsvorschrift ist Ordnungsvorschrift, so ist der Beschluß ohne Protokollierung wirksam, ist sie Wirksamkeitsvoraussetzung, dann führt der Verstoß dagegen nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Anfechtbarkeit.³⁾ Diese Grundsätze gelten ohne Einschränkung auch für den Abberufungsbeschluß. Für eine abweichende Behandlung enthält das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Das RG hat auch mit Recht die Frage verneint, daß die Rechtsfolgen der Formverstöße nicht den §§ 125 ff BGB zu entnehmen sind. Das läßt sich zwar nicht damit begründen, daß der Beschluß kein Rechtsgeschäft sei, wohl aber haben die §§ 241 ff AktG für die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen Sonderregelungen aufgestellt, Formmängel unter Verstoß gegen Satzungsbestimmungen sind deshalb nicht nichtig, sondern anfechtbar (§ 243 AktG).

1) Scholz-Hefermehl, § 48 Anm 7.

2) Vgl. Hach.-Schmidt, § 48 Anm 12.

3) Ubereinstimmend die Literatur, weitergehend Schmidt, a.a.O., der sogar die Anfechtungsklage wegen Verstoßes gegen Formvorschriften der Satzung versagt, wenn und soweit der Beschluß unzweifelhaft zustande kam; m.E. zu Unrecht, außer die Anfechtungsklage stellt sich als unzulässige Rechtsausübung dar.

Insoweit ist die allgemeine Regel des § 125 Satz 2 BGB ausgeschlossen und deshalb nicht anwendbar.

10. Das Wirksamwerden des Abberufungsbeschlusses.

Der Abberufungsbeschluß ist ein Akt körperschaftlicher Willensbildung, durch den festgestellt wird, daß die Gesellschafterversammlung die Abberufung wünscht. Zur Willensbildung ist eine Abstimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich. Die Abstimmung über die Abberufung eines Geschäftsführers setzt deshalb dreierlei voraus: Zunächst muß der Abstimmungsgegenstand, hier die Abberufung zur Abstimmung gestellt werden. Jeder stimmberechtigte Gesellschafter muß die Möglichkeit erhalten, sich für oder gegen die Abberufung zu erklären und es bedarf der Feststellung, ob die Mehrheit der abgegebenen Stimmen für oder gegen die Abberufung des Geschäftsführers gestimmt hat. Die Stimmabgabe des einzelnen Gesellschafters ist empfangsbefähigte Willenserklärung, zu deren Empfang in der Regel der Versammlungsleiter ermächtigt ist. Bei schriftlicher Abstimmung vertritt der Geschäftsführer die GmbH beim Empfang der Willenserklärung.¹⁾ Diese Willenserklärung wird nach allgemeinen Vorschriften wirksam mit dem Zugang an den Empfangsvertreter. Es ist aber streitig, ob für das Vorliegen eines Beschlusses die Feststellung des Versammlungsleiters über die Beschlußfassung und ihr Ergebnis erforderlich ist, wie es § 130 Abs 2 AktG²⁾ für Beschlüsse der Hauptversammlung vorschreibt.

1) Vgl. Hach.-Schmidt, § 45 Anm 9.

2) Gleichlautend: § 111 Abs 2 AktG, 1937.

Das RG¹⁾ hat entschieden, daß zur Wirksamkeit des Beschlusses innerhalb der Gesellschafterversammlung die ausdrückliche Verkündung des Beschlusses durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung erforderlich ist. Das RG übernimmt mit dieser Rechtsprechung die zu § 130 Abs 2 AktG vertretene Auffassung, nach der der Verkündung des Hauptversammlungsbeschlusses der Aktionäre durch den Vorsitzenden der Hauptversammlung konstitutive Wirkung zukommt, soweit es sich um die Wirksamkeit des Beschlusses innerhalb der Hauptversammlung handelt.²⁾ Der BGH³⁾ hat sich dieser Ansicht auch angeschlossen, aber nur für den Fall des satzungsändernden Beschlusses, der auch protokolliert werden müsse.

Gegen diese Auffassung wenden sich vor allem Ballerstedt⁴⁾ und Schmidt⁵⁾. Ballerstedt weist darauf hin, daß das GmbHG im Gegensatz zum AktG das Vorhandensein eines Vorsitzenden nicht verlangt. Ein gewählter Vorsitzter in der Gesellschafterversammlung habe in der Regel nur geschäftsleitende Befugnisse und die Verkündung des Abstimmungsergebnisses nur deklaratorische Bedeutung. In vielen Fällen, vor allem bei einer personalistischen GmbH, fehle ein Vorsitzter vollständig. Das Gesetz habe an eine Verkündung des Beschlusses durch den Vorsitzter bei der GmbH nicht gedacht. Schmidt lehnt diese Rechtsprechung ab, weil das GmbHG eine Formalisierung der Beschlußfassung nicht kennt. So sei insbesondere die Mitwirkung eines Versammlungsleiters nicht erforderlich.

1) RGZ 142, 123 (127).

2) RG DR 39, 720.

3) BGHZ 14, 25 (35).

4) Ballerstedt, Dr. Kurt "Bedarf ein Beschluß der Gesellschafter der GmbH der Verkündung durch den Vorsitzter" in GmbHRdSch 55, 160 ff (161).

5) Hach.-Schmidt, § 45 Anm 16. A mit umfangreicher Literaturangabe; auch schon Hachenburg 5. Aufl.

Wenn die Praxis trotzdem vielfach in Anlehnung an die aktienrechtliche Regelung verfähre, sei das nur ein Beweis für die Zweckmäßigkeit, nicht aber für die rechtliche Wertung. Insbesondere verlangten auch die Vertreter der Gegenauffassung nicht, daß jede Gesellschafterversammlung einen Vorsitz wählen müsse. Auch kenne die GmbH das schriftliche Abstimmungsverfahren. In diesen Fällen komme eine Verkündung durch den Vorsitzenden nicht in Betracht.

Für den Fall des Abberufungsbeschlusses, wie jedes Beschlusses überhaupt, bedarf es auch bei der GmbH jedenfalls der tatsächlichen Feststellung, ob die Mehrheit der abgegebenen Stimmen dafür oder dagegen ist. Die Feststellung der Mehrheit ist erforderlich, weil sonst gar nicht gesagt werden kann, ob sich ein Abberufungswille der GmbH gebildet hat oder nicht. Darüber besteht auch an sich kein Streit. Die Rechtsprechung und ihr folgend das oben angegebene Schrifttum stellen aber darüber hinaus das Erfordernis auf, daß die Feststellung durch den Vorsitz zu erfolgen habe und knüpfen daran die Folgerung, daß diese Feststellung auch im Bereich der GmbH konstitutive Wirkung habe, so daß auch bei unrichtiger Feststellung durch den Vorsitz der Beschluß Wirksamkeit besitze, "so wie er festgestellt und protokolliert werde." Er könne nur durch Anfechtungsklage beseitigt werden. Der Streit geht also allein darum, ob die zu § 130 Abs 2 AktG entwickelte Rechtsprechung auch im Bereich der GmbH gelten soll.

Man muß Schmidt zugeben, daß diese Wirkung von der Argumentation der Gegenmeinung aus dann nicht eintreten kann, wenn ein Vorsitz nicht gewählt ist, so daß eine Verkündung des Ergebnisses gar nicht zur Debatte steht. Man wird der Feststellung des Ergebnisses durch den Vorsitz auch dann keine Bedeutung zuerkennen können, wenn das

Abstimmungsergebnis unzweideutig ist und auch so protokolliert wurde, so daß eine rechtserhebliche Entscheidung¹⁾ des Vorsitzers, ob der Beschluß gefaßt oder abgelehnt ist, nicht in Frage kommt. Es bleiben also nur die Fälle, wo es zweifelhaft ist, ob ein Beschluß mit Mehrheit gefaßt ist, und eine vorläufige Entscheidung vorliegt, es habe sich eine Mehrheit gefunden, während eine Minderheit der Gesellschafter der Auffassung ist, die Mehrheit sei nicht erreicht worden.

Das RG stützt seine Rechtsprechung vor allem darauf, daß nach dem Gesetz der Vorsitzende vorläufig darüber zu entscheiden habe und diese Entscheidung protokolliert worden sei. Das RG stellt somit zwei Voraussetzungen auf: Die Entscheidung des Vorsitzers, daß Stimmenmehrheit erreicht worden sei, und die Protokollierung dieser Entscheidung als Beschluß der AG. Das AktG schreibt eine Protokollierung zwingend vor, nicht aber das GmbHG. Die Protokollierung der Entscheidung des Vorsitzers verleiht die Vermutung der Richtigkeit. Die Beschränkung auf die Anfechtungsklage soll eine zeitlich unbegrenzte Feststellungsklage im Interesse der Rechtssicherheit ausschließen. Dieses Bedürfnis besteht grundsätzlich auch bei der GmbH, wie die entsprechende Anwendung der §§ 241 ff AktG²⁾ auf Gesellschafterbeschlüsse zeigt, so daß sich die Frage dahin präzisiert, ob es auf eine Protokollierung des Beschlusses und überhaupt auf eine Entscheidung des Vorsitzers ankommt oder ob es genügen muß, daß bei Streit über das Vorliegen der Mehrheit entschieden wird, eine Mehrheit liege vor, und der Beschluß demgemäß von der GmbH als gültig behandelt wird, ohne daß es darauf

1) So auch RGZ 142, 123 (127).

2) Früher §§ 195 ff AktG 1937.

ankommt, wer diese Entscheidung trifft. Schon diese Überlegung zeigt, daß die Protokollierung eigentlich nur sekundäres Element ist, weil es eben das AktG für einen Beschluß vorschreibt. Entscheidend ist immer, ob das Vorliegen der Abstimmungsmehrheit festgestellt wird, die GmbH entsprechend dieser Feststellung der Abstimmungsmehrheit diesen Beschluß als ihren Willen behandelt und die Organe diesen Willen auszuführen gehalten sind. Auch die Entscheidung durch einen Vorsitzenden ist deshalb nur sekundär. Der Einwand Schmidts, die Feststellung der Mehrheit könne einen nicht vorliegenden Minderheitsbeschluß nicht schaffen, ist sicher richtig. Deshalb ist es m.E. abzulehnen, der Feststellung des Vorsitzenden konstitutive Wirkung zuzuerkennen. Sie hat lediglich zur Folge, daß der Beschluß aufgrund dieser Entscheidung faktisch als Mehrheitsbeschluß behandelt wird, an den die Organe der Gesellschaft sich aufgrund des erzeugten Rechtscheins (Feststellung einer Stimmenmehrheit und bei der AG zusätzlich Protokollierung, daß eine Stimmenmehrheit festgestellt sei) gebunden sind.

Damit reduziert sich aber die ganze Streitfrage darauf, ob gegen eine solche Maßnahme zeitlich unbegrenzt Feststellungsklage oder nur die zeitlich begrenzte Anfechtungsklage zulässig ist. Diese Frage ist dahin zu entscheiden, daß die zeitlich unbegrenzte Feststellungsklage vom Gesetz positiv ausgeschlossen wurde. Das Gesetz behandelt grundsätzlich jeden Gesellschafterbeschluß als wirksam, wenn nicht einer der wenigen Nichtigkeitsfälle vorliegt. Die Nichtigkeitsfälle sind erschöpfend geregelt. Die faktische Behandlung als Mehrheitsbeschluß und die Bindung der GmbH und ihrer Organe aufgrund des Rechtscheins kann deshalb nur durch Anfechtungsklage beseitigt werden.

Die Feststellungsklage als Rechtsbehelf gegen Beschlüsse kennt das Gesetz nur als Klage zur Feststellung der Nichtigkeit oder als Klage gegen unwirksame Beschlüsse. In allen anderen Fällen ist sie ausgeschlossen. Sie muß deshalb auch hier ausgeschlossen bleiben.

II. Der Beschluß des Aufsichtsrats.

Der Aufsichtsrat unterscheidet als mehrgliedriges Organ notwendig durch Beschluß,¹⁾ weil auf eine andere Art und Weise eine Willensbildung nicht denkbar ist. Deshalb muß auch der Aufsichtsrat die Abberufung eines Geschäftsführers beschließen, wenn er zum Abberufungsorgan bestellt ist.²⁾

1) So jetzt ausdrücklich § 108 AktG 1965, für den Aufsichtsrat der AG (vgl. auch Begründung zum Regierungsentwurf § 105 AktG = § 108 AktG 1965).

2) Über die Zuständigkeit vgl. oben Abschnitt E.

1. Vollzähligkeit und Handlungsfähigkeit.

Mit dem Inkrafttreten des BVG ist streitig geworden, ob für die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats neben der Beschlußfähigkeit als besondere Voraussetzungen Vollzähligkeit und Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrats zu fordern sind. Ein Aufsichtsrat ist vollzählig, wenn er mit der gesetzlich oder satzungsmäßig vorgesehenen Zahl von Aufsichtsrats-Mitgliedern besetzt ist.¹⁾ Über die Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit war man sich nicht einig. Ein Teil der Autoren²⁾ verlangte Vollzähligkeit des Aufsichtsrats. Andere³⁾ nahmen Handlungsfähigkeit an, wenn der Aufsichtsrat mit der zur Beschlußfassung erforderlichen Mitgliederzahl besetzt war. Wieder andere forderten eine solche Mitgliederzahl, die der ausdrücklich festgesetzten besonderen "Handlungsfähigkeit"⁴⁾ entsprach⁵⁾ oder eine Dreiteilbarkeit⁶⁾ der Mitgliederzahl des nicht vollzähligen Aufsichtsrats. Freese⁷⁾ versteht unter Handlungsfähigkeit des beteiligungspflichtigen Aufsichtsrats, daß Beschlußfähigkeit vorliegt und grundsätzlich keine Mitgliedergruppe vollständig fehlt.

1) Vgl. Hueck-Schmidt, § 52 Anm 11 Nr.2 a.

2) Vgl. Literatur bei Freese, ZHR 118, 85 (93), Fußnote 18; Hach.-Schmidt, § 52 Anm 11 Nr.2 c.

3) Vgl. Literatur bei Freese, a.a.O., Fußnote 39, Hach.-Schmidt, a.a.O.

4) Begriff, soweit ersichtlich von Freese, ZHR 111, 85 (106).

5) Vgl. Literatur bei Freese, a.a.O., Fußnote 44, Hach.-Schmidt, a.a.O.

6) Vgl. Literatur bei Freese, a.a.O., Fußnote 45, Hach.-Schmidt, a.a.O.

7) Freese, ZHR 118, 85 (88) und 121 ff).

Diese Streitfrage hat sich durch das Gesetz vom 15.7.1957 ¹⁾ für den obligatorischen Aufsichtsrat ²⁾ erledigt. ³⁾ Die Neuregelung in § 89 AktG 1937 in der Fassung dieses Gesetzes, die vom AktG 1965 in den §§ 104, 108 übernommen wurde, kennt nur die Beschlußunfähigkeit. Weitere Voraussetzungen hat der Gesetzgeber nicht aufgestellt. Weder Vollzähligkeit des Aufsichtsrats, noch eine sonstige Handlungsfähigkeit sind erforderlich: Der Aufsichtsrat ist auch dann beschlußfähig, wenn ihm weniger Mitglieder als die durch Gesetz und Satzung vorgeschriebene Zahl angehören oder wenn das vorgeschriebene Beteiligungsverhältnis nicht gegeben ist (§ 89 Abs 1 Satz 4 AktG 1937 = § 108 Abs 2 Satz 4 AktG 1965). ⁴⁾

1) Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Aktienrechts und des Mitbestimmungsrechts, BGBI I, 714.

2) Nach § 77 BVG, § 2 MitbestG, § 2 MitbestErgG, § 3 Abs 1 MitbestErgG in Verbindung mit § 3 MitbestG.

3) Wie hier Dietz, BVGm 4.Aufl, § 76 RdNr.3 c und Hach.-Schmidt, § 52 Anm 84 Nr.4.

4) So schon für die Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes vom 15.7.1957, vgl. Hach.-Schmidt, § 52 Anm 10 - 14.

Von der Regelung des Gesetzes vom 15.7.57 wurde der fakultative Aufsichtsrat nicht erfaßt. § 52 GmbHG a.F. verweist nicht auf § 89 AktG 1937 und verweist auch jetzt in der Fassung des § 27 EG AktG 1965 nicht auf die entsprechenden Bestimmungen des § 108 AktG 1965. Die Regelung des § 108 Abs 2 Satz 4 AktG 1965 gilt deshalb nicht für den fakultativen Aufsichtsrat. Trotzdem sind auch für die Funktionsfähigkeit des fakultativen Aufsichtsrats die Vollzähligkeit oder eine besondere Handlungsfähigkeit nicht erforderlich.

Die Forderung nach Vollzähligkeit des AR ~~bzw. einer~~ besonderen Handlungsfähigkeit der "mitbestimmten GmbH" wurde aus dem Gedanken erhoben, die Beteiligung der im Aufsichtsrat vertretenen Gruppen in gesetzlich vorgesehenem Kräfteverhältnis sicherzustellen.¹⁾ Dieser Gedanke trifft auf den fakultativen Aufsichtsrat nicht zu. Auch stellt das GmbHG keine sonstigen Erfordernisse für die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats auf. Es genügt deshalb, wie schon bisher, allein die Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrats, um wirksam Beschlüsse zu fassen. Das gilt auch für den Abberufungsbeschluß, wenn der Aufsichtsrat gesetzlich oder satzungsmäßig zur Abberufung des Geschäftsführers zuständig ist.

1) Schutzfunktion im Sinne Freeses, a.a.O., S. 123.

2. Beschlußfähigkeit.

§ 77 BVG, in der Fassung des § 40 EG AktG 1965, regelt die Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrats der unter das BVG fallenden Gesellschaften mbH durch Verweisung auf § 108 AktG 1965. Der Aufsichtsrat ist danach beschlußfähig, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats anwesend ist. Die Hälfte berechnet sich dabei aus der Gesamtzahl der Aufsichtsratsmitglieder, aus denen der Aufsichtsrat nach Gesetz oder Satzung zu bestehen hat (§ 108 Abs 2 Satz 2 AktG). Diese Bestimmung wird aber nur dann aktuell, wenn der Aufsichtsrat aus mehr als 6 Mitgliedern besteht; denn in jedem Fall müssen mindestens drei Mitglieder anwesend sein (§ 108 Abs 2 Satz 3 AktG). Es kommt aber nicht darauf an, ob die einzelnen Vertreter der Anteilseigner bzw. die Arbeitnehmervertreter an der Teilnahme verhindert sind (§ 108 Abs 2 Satz 4 AktG). Im übrigen können in der Satzung zusätzliche Erfordernisse aufgestellt werden.

Die Beschlußfähigkeit der unter das MitbestG oder MitbestErgG fallenden Gesellschaften regelt § 10 MitbestG,¹⁾ bzw. § 11 MitbestErgG.¹⁾ Dieser Aufsichtsrat ist beschlußfähig, wenn mindestens die Hälfte seiner Mitglieder²⁾ anwesend ist.

1) In der Fassung des Gesetzes vom 15.7.1957 (BGBl I, 714).

2) Der Aufsichtsrat nach dem MitbestG besteht aus 11 Mitgliedern (§ 4 MitbestG); der Aufsichtsrat nach dem MitbestErgG besteht aus 15 Mitgliedern (§ 5 MitbestErgG).

Ob die Gruppe der Arbeitnehmervertreter bzw. der Vertreter der Anteilseigner ganz oder teilweise an der Teilnahme verhindert ist, spielt für die Beschlußfähigkeit keine Rolle (§ 10 MitbestG bzw. § 11 MitbestErgG in Verbindung mit § 108 Abs 2 Satz 4 AktG).¹⁾ Die Regelung der Beschlußfähigkeit im MitbestG und MitbestErgG ist zwingend. Zusätzliche Erfordernisse können durch die Satzung nicht aufgestellt werden; denn auf § 108 Abs 2 Satz 1 AktG²⁾ wird nicht verwiesen. Die Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften ohne Verweisung ist durch § 2 MitbestG bzw. § 3 Abs 1 MitbestErgG³⁾ ausgeschlossen.

Wann der fakultative Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG) beschlußfähig ist, ist bestritten. Nach Hueck⁴⁾ müssen mindestens drei Mitglieder anwesend sein. Nur wenn der Aufsichtsrat aus weniger als drei Mitgliedern besteht, könne auch das allein erschienene Aufsichtsratsmitglied wirksam Beschlüsse fassen. Die Gegenmeinung⁵⁾ läßt für die Beschlußfähigkeit die Anwesenheit auch nur eines Mitglieds des Aufsichtsrats genügen.

1) § 10 MitbestG und § 11 MitbestErgG verweisen auf § 89 Abs 1 Satz 4 AktG 1937, an dessen Stelle die entsprechende Regelung des § 108 Abs 2 Satz 4 AktG 1965 getreten ist (vgl. § 29 Abs 2 EG AktG 1965).

2) § 89 Abs 1 Satz 1 AktG 1937, in der Fassung des Gesetzes vom 15.7.57 (BGBl I, 714).

3) Im MitbestErgG ist dieses nicht ausdrücklich geschehen. Es folgt aber aus der zwingenden Rechtsnatur der Regelung der Mitbestimmung.

4) Bb-Hueck, GmbHG, § 52 Anm 2 G; ebenso Staub, § 52 Anm 41; Staub-Hachenburg, 2. und 3. Aufl, § 52 Anm 42.

5) Hachenburg, 5. Aufl, (früher Staub-Hachenburg) § 52 Anm 42; Scholz-Hefermehl, § 52 RdNr. 15.

Die voneinander abweichenden Auffassungen beruhen auf der Streitfrage, ob beim Fehlen entsprechender Satzungsbestimmungen die bestehende Lücke durch analoge Anwendung der Vorschriften des Aktienrechts oder durch entsprechende Anwendung der §§ 47 ff GmbHG auf den Aufsichtsrat zu schließen ist. Der Meinung Huecks steht der in § 27 EG AktG 1965 zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers entgegen, der nur ganz bestimmte Vorschriften des AktG auf den fakultativen Aufsichtsrat für anwendbar erklärt. Die übrigen Vorschriften sind damit nicht entsprechend anwendbar. Eine Ergänzung kann nur in Anwendung der Bestimmungen des GmbHG über die Beschlußfähigkeit der Gesellschafterversammlung erfolgen. Der fakultative Aufsichtsrat ist deshalb beschlußfähig, auch wenn nur ein Mitglied erschienen ist (ebenso wie die Gesellschafterversammlung beschlußfähig ist, wenn nur ein Mitglied erschienen ist)¹⁾.

Für die Beschlußfähigkeit ist weiter die ordnungsgemäße Einberufung des Aufsichtsrats erforderlich. Soweit Satzungsbestimmungen darüber fehlen, ist zu beachten, daß jedes Mitglied eingeladen wird. Die Einladung muß so rechtzeitig erfolgen, daß jedes Aufsichtsratsmitglied an der Sitzung teilnehmen kann.

1) Vgl. Scholz-Hefermehl, § 48 RdNr. 3.

3. Mehrheitserfordernisse.

Der Aufsichtsrat entscheidet bei Beschlußfähigkeit mit Mehrheit der anwesenden Aufsichtsratsmitglieder.¹⁾ Eine Ausnahmeregelung brachte das MitbestG für die Abberufung des Arbeitsdirektors. Er kann nicht gegen die Mehrheit der gewählten (§ 6 MitbestG) Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat abberufen werden (§ 13 Abs 1 Satz 3 MitbestG). Das MitbestErgG hat diese Regelung nicht übernommen. § 13 Abs 1 Satz 1 MitbestErgG verweist nicht auf die Regelung des § 13 Abs 1 Satz 2 und 3 des MitbestG. Der Arbeitsdirektor nach dem MitbestErgG kann deshalb gegen die Stimmen der gewählten Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bestellt und abberufen werden.

1) Hach.-Schmidt, § 52 Anm 41.

G Der fehlerhafte Abberufungsbeschluß.

Bei der bisherigen Erörterung des Abberufungsbeschlusses wurde vorausgesetzt, daß der Beschluß in formeller und materieller Hinsicht fehlerfrei ist. Der Abberufungsbeschluß kann aber auch fehlerhaft sein. Es können einmal Fehler beim Zustandekommen des Beschlusses (formelle Mängel) unterlaufen, zum anderen kann der Beschluß seinem Inhalt nach gegen gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Vorschriften (materielle Mängel) verstoßen.

I. Der formell fehlerhafte Beschluß.

Formfehler haften dem Beschluß grundsätzlich dann an, wenn die Einberufung der Gesellschafterversammlung, die Beschlußfassung durch diese und die Erklärung des Beschlusses an den Geschäftsführer nicht in der von Gesetz und Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Form erfolgen.

Einzelne formelle Fehler sind die Einberufung der Gesellschafterversammlung durch unbefugte Personen¹⁾, die Einberufung der Gesellschafterversammlung unter Außerachtlassung der einwöchigen Frist, die Einberufung ohne eingeschriebenen Brief, die Beschlußfassung im schriftlichen Verfahren ohne das erklärte Einverständnis aller stimmberechtigten Gesellschafter und die Einberufung ohne Angabe der Gründe der Versammlung.²⁾

1) Scholz-Hefermehl, § 49 Anm 2; KG, OLGR 24, 158 (159); BGHZ 11, 231 (236).

2) Bb-Hueck, GmbHG, § 51 Anm 5; Vogel, § 51 Anm 5; Haack-Schmidt, § 51 Anm 7.

Die Beschlußfassung selbst kann fehlerhaft werden, durch Mitstimmen eines Nichtberechtigten, durch falsches Auszählen der Stimmen, durch Außerachtlassen der gesetzlichen oder vertraglich festgelegten Mehrheitserfordernisse und durch Unterlassen einer vorgesehenen Protokollierung des Beschlusses.

Bestritten ist, ob ein formeller Verstoß vorliegt, wenn dem Geschäftsführer vor seiner Abberufung keine Möglichkeit zu seiner Rechtfertigung gegeben wird, wenn ihm gleichsam das rechtliche Gehör verweigert wird. Das OLG Hamburg¹⁾ hat bei der Ausschließung eines Mitgliedes aus einem nicht rechtsfähigen Verein die vorherige Anhörung des Mitgliedes für erforderlich gehalten, weil auch der nicht rechtsfähige Verein Vereinsautonomie mit Vereinsgerichtsgewalt besitze, der das Mitglied unterworfen sei. Das RG²⁾ hat weiter eine Pflicht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs bei Ausschluß eines BGB-Gesellschafters, der ja als solcher nichts anderes als eine Kündigung sei³⁾, aus der gesellschaftlichen Treupflicht in Verbindung mit dem Rechtsgrundsatz bejaht, daß vor der Ausschließung mit ihren einschneidenden Folgen für den Betroffenen alle anderen möglichen und zumutbaren Wege zur Behebung der Schwierigkeiten beschritten werden müssen.

1) In Seuffert Archiv 78, 177, Nr.108.

2) RGZ 169, 333 ff (338).

3) RG, JW 1937, 1548 Nr.7.

Grundsätzlich sei aber das rechtliche Gehör nur dann zu gewähren, wenn es Sinn und Zweck habe und nicht von vornherein aussichtslos erscheine, so daß davon abgesehen werden könne, wenn die Abstimmung auch ohne Anhörung des Betroffenen offensichtlich mit Sicherheit zu keinem anderen Ergebnis führen würde. Der BGH¹⁾ verneint im Fall des § 24 Abs 3 Satz 2 GenSchG, der wörtlich dem § 38 Abs 1 GmbHG entspricht, einen Anspruch auf rechtliches Gehör für den Vorstand der Genossenschaft. Er habe keinen Anspruch auf Fortbestand der Organstellung. Die Ausschließung aus dem Verein oder einer Genossenschaft erfordere die Anhörung des Betroffenen, um eine sachgerechte Entscheidung in dem dafür vorgesehenen vereinsgerichtlichen oder genossenschaftsinternen Verfahren zu ermöglichen. Bei der Abberufung des Vorstandes der Genossenschaft gehe es nicht um eine Gerichtsentscheidung in einem internen Verfahren, sondern um eine einseitige Willensentschließung, die auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes nach dem Ermessen der Genossen vorgenommen werden könne. Hueck²⁾ und Hefermehl³⁾ sind der Auffassung, daß die gleichen Gründe für die Abberufung des Geschäftsführers der GmbH Geltung haben.

Eine Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs läßt sich für die Abberufung ohne wichtigen Grund nicht begründen. Die freie Widerruflichkeit stellt die Abberufung vollständig in das Ermessen der GmbH. Sie ist dabei nur durch die allgemeinen Grenzen jeder Rechtsausübung gebunden. Es läßt sich bei freier Widerruflichkeit nicht begründen, daß es eine Überschreitung

1) BGH GmbHRdSch 60, 220 = LM Nr.1 zu § 40 GenSchG

2) Bb-Hueck, GmbHG, § 38 Anm 2 A.

3) Scholz-Hefermehl, Nachtrag 1964 zur 5. Aufl., § 38 Anm 7.

der Grenzen der Rechtsausübung sei, wenn die Abberufung ohne Anhörung des Geschäftsführers ausgesprochen wird. Und selbst eine Überschreitung der Grenzen der Rechtsausübung begründet nie den Anspruch auf rechtliches Gehör, sondern nur den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung. Die bejahenden Urteile, die oben angeführt wurden, betreffen darüber hinaus immer den Fall des Ausschlusses aus dem Verein bzw. der BGB-Gesellschaft. Die Abberufung als Geschäftsführer berührt aber die Stellung als Gesellschafter nicht. Und wie der BGH richtig ausführt, handelt es sich nie um ein internes Gerichtsverfahren, dem der Geschäftsführer unterworfen ist, sondern um eine einseitige Willensentschließung der GmbH.

Das gilt ohne Einschränkungen auch für die Abberufung aus wichtigem Grund. Aus der Treupflicht¹⁾ kann sich im Einzelfall wohl die Verpflichtung ergeben, die Abberufung nicht schon bei einem Verdacht eines wichtigen Grundes zu erklären, sondern erst, wenn sich die Erkenntnis des Vorliegens eines wichtigen Grundes derart verdichtet hat, daß kein Zweifel mehr besteht. In diesen Zweifelsfällen kann sich aus der Treupflicht eine Anhörungspflicht ergeben, um dadurch dem Geschäftsführer den Makel der Abberufung aus wichtigem Grund zu ersparen. Dies vor allem dann, wenn das Abberufungsrecht auf das Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt ist. Wenn das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach Auffassung der GmbH aber eindeutig feststeht, kann auch für eine einseitige Willensentschließung keine Anhörungspflicht bestehen.

1) Über Grund und Umfang der Treupflicht: siehe Abschnitt D 2.

II. Der materiell fehlerhafte Beschluß.

Materielle Mängel des Abberufungsbeschlusses liegen vor, wenn der Beschluß gegen materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen verstößt oder wenn überhaupt kein Beschluß vorliegt, weil eine sogenannte Scheinversammlung beschlossen hat, oder weil das unzuständige Organ den Beschluß gefaßt hat. Hier fehlt es an einer Willensbildung der GmbH; denn den Willen der GmbH kann nur das zur Willensbildung zuständige Organ bilden. Der Abberufungsbeschluß ist weiter materiell fehlerhaft, wenn der Beschluß gesetz- oder sittenwidrig und deshalb nichtig ist.

III. Die rechtliche Beurteilung des formell oder materiell fehlerhaften Beschlusses.

Das GmbHG hat für die Rechtsfolgen eines mangelhaften Gesellschafterbeschlusses keine Bestimmungen getroffen. Grundsätze darüber wurden durch die Rechtsprechung im Aktienrecht entwickelt, die in der Aktiennovelle von 1884 ihren Niederschlag fanden, 1897 in das HGB übernommen wurden (§§ 271 ff HGB), schließlich eine abschließende Regelung und Kodifizierung in der Aktienrechtsreform von 1937 (§§ 195 ff) auf der Grundlage der von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze fanden und in das Aktiengesetz von 1965 §§ 241 ff übernommen wurde. Rechtsprechung¹⁾ und Schrifttum²⁾ wenden diese Grundsätze seit jeher auch im Recht der GmbH an.

1) RGZ 166, 129 (131); RG, DR 1944, 247; BGHZ 11, 231 (235); 14, 264 (268); 15, 382 (384); st.Rspr.

2) Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 1 ff; Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 10 ff; Hach.-Schmidt, § 45 Anm 15 ff; Liebmann, § 45 Anm 5 ff; Liebmann-Saenger, § 45 Anm 5 ff; Brodmann, GmbHG, § 47 Anm 4 h; Vogel, § 47 Anm 4.

Gegen eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze können angesichts der Ähnlichkeit der Sach- und Rechtslage ernsthaft keine Einwendungen erhoben werden. Über die Einzelheiten besteht freilich weitgehend Streit.

IV. Die Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit des Gesellschafterbeschlusses.

Das Gesetz regelt in den §§ 195 - 201 AktG 1937¹⁾ nur die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen. Es ist aber unbestritten, daß es daneben noch eine dritte Folge eines mangelhaften Beschlusses gibt: Die Unwirksamkeit des Beschlusses.²⁾ Je nach dem Mangel des Abberufungsbeschlusses ist die Folge Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit. Die Voraussetzungen und Wirkungen gilt es im einzelnen darzustellen.

1. Der "Nichtbeschluß", der "Scheinbeschluß" und der Beschluß des unzuständigen Organs.

Diesen drei Arten von Beschlüssen ist gemeinsam, daß eine Willensbildung der GmbH durch Beschlußfassung nicht vorliegt. Die Anwendbarkeit der §§ 241 ff AktG setzt eine Beschlußfassung durch das zuständige Organ voraus.³⁾

1) Jetzt: Gleichlautend §§ 241 - 259 AktG 1965.

2) Bb-Hueck, AktG 1937, Überblick vor § 195 AktG Anm 2; Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 1 B; Scholz - Hefermehl, § 45 Anm 13; Hach.-Schmidt, § 45 Anm 18 ff; Schilling in GroBK zum AktG 1937, § 195 Anm 4.

3) Ausdrücklich Schilling in GroBK zum AktG 1937, § 195 Anm 5.

Deshalb unterliegen die Fälle des Nichtbeschlusses, des Scheinbeschlusses und der Beschlußfassung durch das unzuständige Organ nicht diesen Bestimmungen. Sie sind nach allgemeinen Grundsätzen nichtig, ohne daß es einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage bedürfte.

Ein Fall des Nichtbeschlusses liegt vor, wenn in der Gesellschafterversammlung eine Abstimmung überhaupt nicht stattgefunden oder der Beschluß keine Mehrheit gefunden hat. Dann fehlt es an einer Willensbildung der GmbH. Die Erklärung der Abberufung ist eine Erklärung ohne Abberufungswillen. Die Erklärung als solche kann keine Wirkungen erzeugen, weil der Widerruf der Organstellung eine Willenserklärung ist.

Von einem Scheinbeschluß spricht man, wenn die Abberufung von einer Versammlung beschlossen wird, die nicht als Gesellschafterversammlung bezeichnet werden kann. Die frühere Rechtsprechung¹⁾ nahm eine solche Scheinversammlung bereits an, wenn die Gesellschafterversammlung von einem Unbefugten einberufen worden war. Diese Rechtsprechung ist aber durch den Erlaß des Aktiengesetzes von 1937 überholt,²⁾ dessen Bestimmungen in das Aktiengesetz von 1965 übernommen wurden.

1) RGZ 75, 239 (242) für die AG; RGZ 92, 409 (410) für die GmbH.

2) So BGHZ 11, 231 (235); BGH, NJW 55, 1917 für die Genossenschaft; dem BGH folgend: Hach.-Schmidt, § 45 Anm 15 A; Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 2 A; § 49 Anm 2 B; Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 12; § 49 Anm 4; Vogel, § 51 Anm 5; Vogel, "Die Befristung der Anfechtungsklage bei der GmbH" in GmbHHRdSch 53, 5 ff.

Der BGH geht aufgrund des § 195 Nr.1
AktG 1937 (jetzt § 241 Nr.1 AktG 1965)

m.E. zu Recht davon aus, daß eine Gesellschafter-
versammlung auch dann vorliege, wenn diese Gesell-
schafterversammlung von einem Unbefugten einberufen
wurde. Faktisch liegt eben eine Versammlung der
Gesellschafter vor. Dem Interesse des einzelnen
Gesellschafters an einem ordnungsgemäßen Geschäfts-
gang und dem Schutz vor Mißbrauch trägt das Gesetz
dadurch Rechnung, daß es Beschlüsse dieser Versamm-
lung für nichtig erklärt. Die Versammlungsbeschlüsse
sind faktisch Gesellschafterbeschlüsse, die das Ge-
setz insoweit als Gesellschafterbeschlüsse aner-
kennt, denen es aber mit Recht die Wirksamkeit ver-
sagt. Die positive gesetzliche Regelung hat die
frühere Rechtsprechung überholt. Trotzdem wird man
auch weiterhin Fälle des Scheinbeschlusses für
möglich halten müssen,¹⁾ wenn sich z.B. eine Ver-
sammlung von Nichtgesellschaftern konstituiert, die
die Abberufung eines Geschäftsführers beschließt.
Der Beschluß ist selbstverständlich nichtig. Es
bedarf auch keiner Nichtigkeitsklage, weil eine
Willensbildung der GmbH überhaupt nicht vorliegt,
da der Beschluß nicht vom Organ der GmbH gefaßt wurde.

Wie wir oben gesehen haben, kann das Recht zur Abbe-
rufung ausschließlich einem anderen Organ übertragen
werden. Wenn das durch Gesellschaftsvertrag geschehen
ist, so ist dieses andere Organ ausschließlich Organ
zur Bildung des Abberufungswillens. Ein Beschluß der
Gesellschafterversammlung kann nur bei satzungsändernder
oder satzungsdurchbrechender Mehrheit - bei Abberufung
aus wichtigem Grund auch mit einfacher Mehrheit²⁾ - als
Willensbildungsakt der GmbH betrachtet werden.

1) So richtig BGHZ 11, 231 (235) und Hach.-Schmidt,
a.a.O.,

2) Vgl. oben Abschnitt E.

In allen anderen Fällen ist der "Beschluß" nicht Willensbildung der GmbH. Es liegt kein Abberufungswille vor. Das gilt insbesondere für die ausschließliche und zwingende gesetzliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats im Bereich des MitbestG und MitbestErgG. Der Abberufungsbeschluß der unzuständigen Gesellschafterversammlung unterliegt nicht den Vorschriften über Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, weil ein Beschluß, ein Akt der Willensbildung, überhaupt nicht vorliegt.¹⁾

2. Der unwirksame Abberufungsbeschluß.

Unwirksame Beschlüsse liegen dann vor, wenn Beschlüsse vom zuständigen Organ ohne Gesetzes- und Satzungsverletzung gefaßt wurden, wenn aber zur Wirksamkeit noch etwas anderes hinzukommen muß, z.B. Zustimmungsbeschluß einer Minderheit, wie ihn die §§ 275 Abs 3, 278 Abs 2, 288 Abs 3 HGB vorsehen,²⁾ staatliche Genehmigung³⁾, Zustimmung bei Auferlegung neuer Pflichten⁴⁾ oder wenn es sich um den Eingriff in ein Sonderrecht handelt. Der Abberufungsbeschluß, der ohne wichtigen Grund einem Geschäftsführer das Sonderrecht zur Geschäftsführung entziehen soll, ist unwirksam.

1) Schilling in GroBK zum AktG 1937, § 196 Anm 5

2) Siehe RG, JW 35, 3098, Nr.10

3) § 239 AktG; Schilling in GroBK zum AktG 1937, § 195 Anm 5;

4) Siehe § 53 Abs 3 GmbHG.

Hefermehl¹⁾ spricht in diesem Zusammenhang von relativer Unwirksamkeit. Der Beschluß sei gegenüber dem sonderberechtigten Gesellschafter in der Schwebe. Ähnlich hält Schmidt²⁾ den Beschluß gegenüber dem betroffenen Geschäftsführer für schwebend unwirksam. Auch der BGH³⁾ vertritt die Auffassung, daß beim Eingriff in Sonderrechte der Beschluß beschränkt unwirksam sei. Wenn man auch die beschränkte Unwirksamkeit von der schwebenden Unwirksamkeit sehr genau unterscheiden muß,⁴⁾ - bei beschränkter Unwirksamkeit ist der Abberufungsbeschluß wirksam, erzeugt aber keine Wirksamkeit gegenüber dem Geschäftsführer, bei schwebender Unwirksamkeit ist der Beschluß unwirksam und wird mit der Zustimmung wirksam - so wird man trotzdem den Abberufungsbeschluß ohne wichtigen Grund, der in das Sonderrecht zur Geschäftsführung eingreift, als relativ schwebend unwirksam bezeichnen müssen. Bei einem solchen Abberufungsbeschluß wollen die Gesellschafter die Wirksamkeit des Beschlusses bei Zustimmung des betroffenen Gesellschafters, und die Zustimmung des sonderberechtigten Gesellschafters kann nach der Natur der Sache nur für den Fall der Wirksamkeit gegen ihn selbst gegeben werden. Damit sind auch die besonderen Voraussetzungen erfüllt, die Schilling für den relativ oder beschränkt unwirksamen Beschluß aufstellt.

1) Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 31

2) Hach.-Schmidt, § 45 Anm 18

3) BGHZ 15, 177 (181)

4) Schilling in GroßK zum AktG 1937, § 195 Anm 4, letzter Absatz.

3. Die Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses.

Die Fälle der Nichtigkeit des Beschlusses sind in § 241 AktG abschließend kodifiziert. Sie wurden wegen der Gefährdung des Rechtsverkehrs auf die unbedingt notwendigen Fälle beschränkt. Die Beschränkung der Nichtigkeit, die mit dem Prinzip der Rechtssicherheit im Widerspruch steht, ergibt sich vor allem auch aus der Möglichkeit, daß nichtige Beschlüsse durch Heilung wirksam werden.¹⁾

§ 241 erster Halbsatz AktG kann im GmbH-Recht keine Anwendung finden. Die Nichtigkeitsgründe betreffen besondere aktienrechtliche Vorschriften, die im GmbH-Recht kein Gegenstück haben.

Nichtig sind nach § 241 Nr.1 AktG die Beschlüsse, wenn die Gesellschafterversammlung von einem Unbefugten einberufen wurde. Unbefugt ist jeder, dem nicht Gesetz oder Satzung das Recht zur Berufung der Gesellschafterversammlung geben.²⁾ Wie bereits oben dargestellt, ist dies keine Scheinversammlung im Sinne der früheren Rechtsprechung. Das Gesetz versagt aber den Beschlüssen einer solchen Versammlung die Wirksamkeit. Nach dem Gesetz berufen die Geschäftsführer (§ 49 GmbHG) die Gesellschafterversammlung. Streitig ist es, ob bei bestehender Kollektivvertretung der einzelne Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung berufen kann und wie der Beschluß einer Gesellschafterversammlung zu beurteilen ist, die von einer Gesellschafterminderheit einberufen wurde, die die 10 %-Grenze (§ 50 GmbHG) nicht erreicht.

1) Unbestritten vgl. Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 15; Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 2 A

2) Hach.-Schmidt, § 45 Anm 15 a.

Ein Teil des Schrifttums¹⁾ hält auch bei Kollektivvertretung jeden Geschäftsführer zur Einberufung der Gesellschafterversammlung für befugt. Hefermehl begründet dies damit, daß eine Vertretung nach außen hierbei nicht in Frage stehe, im übrigen auch schnelles Handeln geboten sein könne, was bei Abwesenheit oder Widerspruch eines Kollektivvertreters scheitern könnte. Liebmann-Saenger bejahen die Einberufungsbefugnis jedes Geschäftsführers mit dem Hinweis auf die große Verantwortlichkeit der Geschäftsführer und das Interesse der GmbH. Das Hauptargument der genannten Schriftsteller ist, daß es sich bei der Berufung der Versammlung um kein Handeln zur Vertretung der GmbH handele. Die Gegenmeinung²⁾ begründet ihre Auffassung mit dem Hinweis, auch bei Handeln nach innen gelte im Zweifel Gesamtbefugnis. Nach einer dritten, von Schmidt³⁾ vertretenen Meinung, erfolgt die Einberufung durch so viele Geschäftsführer, als zur Geschäftsführung berufen sind. Schmidt baut dabei auf der von Schilling⁴⁾ vertretenen Auffassung auf, aus der Gesamtverantwortung aller Geschäftsführer ergebe sich Einzelgeschäftsführung, so daß nach dieser Auffassung jeder Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung berufen kann.

1) Liebmann, § 49 Anm 1; Liebmann-Saenger, § 49 Anm 1; Vogel, § 49 Anm 1; Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 15, § 49 Anm 1; Brodmann, GmbHG, § 45 Anm 1

2) Bb-Hueck, GmbHG, § 49 Anm 2; Staub-Hachenburg, § 49 Anm 2, § 37 Anm 2

3) Hach.-Schmidt, § 49 Anm 2

4) Hach.-Schilling, § 35 Anm 34 a.

Beide Auffassungen gehen richtigerweise übereinstimmend davon aus, daß die Einberufung der Gesellschafterversammlung einen Akt der Geschäftsführung darstellt. Trotzdem kann es nicht darauf ankommen, welche Art der Geschäftsführung man für gegeben hält, so daß bei Einzelgeschäftsführung jeder einzelne Geschäftsführer, bei Kollektivgeschäftsführung nur mehrere zusammen einberufen können. Es kann dahingestellt bleiben, ob Einzel- oder Gesamtgeschäftsführung gilt. Jedenfalls ist jeder Geschäftsführer allein zur Einberufung der Gesellschafterversammlung befugt. Das ergibt sich aus der Gesamtverantwortlichkeit des einzelnen Geschäftsführers¹⁾ und aus der Haftung gegenüber der GmbH. Die Pflichten aus der Gesamtverantwortlichkeit kann der Geschäftsführer nur erfüllen, wenn er notfalls auch gegen den Widerspruch eines Mitgeschäftsführers die Gesellschafterversammlung berufen kann. Sonst ist er unter Umständen gezwungen, tatenlos dem Treiben zuzusehen. Die Bestellung mehrerer Geschäftsführer soll gerade eine gegenseitige Kontrolle bezwecken und ermöglichen, indem die Verantwortung auf mehrere Schultern gelegt wird. Das würde aber gerade verhindert, wenn die Abberufung eines Geschäftsführers beschlossen werden soll und der abzubrufende Geschäftsführer die Einberufung der Gesellschafterversammlung durch seinen Widerspruch verhindern könnte. Das würde zu untragbaren Zuständen führen. Deshalb kann jeder Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung einberufen.

1) Vgl. dazu oben Abschnitt B III.

Der BGH¹⁾ vertrat zur zweiten Frage, ob eine Minderheit von weniger als 10 % die Gesellschafterversammlung wirksam berufen könne, die Auffassung, daß eine derartige Berufung durch Unbefugte erfolgt sei und die Gesellschafterbeschlüsse deshalb nach § 195 Nr.1 AktG (jetzt § 241 AktG 1965) nichtig seien. Wenn die sinngemäße Anwendung der §§ 195 ff AktG (jetzt § 241 AktG 1965) überhaupt einen Sinn haben solle, müsse auch § 195 Nr.1 (jetzt § 241 Nr.1 AktG 1965) gelten. Damit würde der zwingende Rechtsatz des GmbH-Rechts verletzt, daß die Gesellschafterversammlung nur von Befugten berufen werden könne. Mit dem letzten Satz wandte sich der BGH vor allem gegen Scholz,²⁾ der die Meinung vertrat, die Beschlüsse seien nur anfechtbar, weil damit nicht gegen zwingende Regeln des GmbH-Rechts verstoßen werde, denn die Vorschrift des § 50 Abs 1 GmbHG, die eine Minderheit von 10 % erfordere, sei nicht zwingendes Recht. Schmidt³⁾ schloß sich der Meinung des BGH an.

§ 50 Abs 3 GmbHG statuiert ein Minderheitsrecht zur Berufung der Gesellschafterversammlung. Das Gesetz wollte damit sicherstellen, daß nicht die Verwaltung der GmbH die Gesellschafterversammlung auf kaltem Wege entmachten kann, indem sie keine Gesellschafterversammlung einberuft. Sie schützt auch die Minderheit vor der Mehrheit, wenn die Mehrheit gleichzeitig aus Geschäftsführern besteht oder die Geschäftsführer bestellt. Das Erfordernis von 10 % des Stammkapitals soll andererseits die GmbH vor Querulanten schützen. § 50 GmbHG ist seinem Sinn und Zweck nach eine Sonderregel, die deshalb auch eng auszulegen ist.

1) BGHZ 11, 231 (237)

2) Scholz, "Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen und Rechtssicherheit" in GmbHRRdSch 52, 161 ff; 54, 65 ff;

3) Hach.-Schmidt, § 50 Anm 15; Hachenburg, 5.Aufl, vertritt die gleiche Meinung wie Scholz.

Ein Gesellschafter ist nicht schon deshalb zur Berufung der Gesellschafterversammlung befugt, wenn und wdl er Gesellschafter ist. Darauf läuft die Auffassung von Scholz hinaus. Vielmehr hat ein Gesellschafter das Recht nur, wenn sein Geschäftsanteil mindestens 10 % des Stammkapitals beträgt und die übrigen Voraussetzungen des § 50 Abs 3 GmbHG vorliegen. Eine geringere Minderheit ist danach unbefugt, d.h. sie hat kein Berufungsrecht. Der Abberufungsbeschluß einer solchen Gesellschafterversammlung ist deshalb nichtig.

Als weitere Mängel der Berufung, die zur Nichtigkeit führen, sind zu nennen, daß nicht alle Gesellschafter geladen sind (§ 51 GmbHG), oder daß Ort und Zeit der Gesellschafterversammlung nicht oder unrichtig angegeben wurden.¹⁾ Das AktG (§ 241 Nr.1 AktG in Verbindung mit § 121 Abs 3 AktG) schreibt für die Einberufung der Hauptversammlung die Angabe der Firma, Zeit und Ort der Hauptversammlung und die Veröffentlichung in allen Gesellschaftsblättern vor, da die Aktionäre der AG meist nicht bekannt sind und deshalb nur durch Veröffentlichung in den Gesellschaftsblättern angesprochen werden können. Die GmbH-Gesellschafter sind persönlich der GmbH bekannt (§ 16 GmbHG), deshalb genügt hier die einfachere und billigere Form der Einberufung mittels eingeschriebenem Brief. Beide Regelungen bezwecken aber, dem Aktionär bzw. dem Gesellschafter die Teilnahme zu ermöglichen. Die Verwaltung könnte sonst eine unbequeme Opposition auf kaltem Wege ausschalten. Jedem Gesellschafter muß die Teilnahme ermöglicht werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob seine Stimme für den Beschluß kausal²⁾ geworden wäre.

1) Unbestritten vgl. Bb-Hueck, GmbHG, § 47 Anm 2 a, § 51 Anm 5

2) BGHZ 11, 231 (239); Schilling in GroßK zum AktG 1937, § 195 Anm 16.

Jeder Beschlußfassung geht eine Beratung des Gegenstandes der Beschlußfassung voraus. Die Argumente, die dabei vorgetragen werden, sind in vielen Fällen entscheidend für die Stimmabgabe des einzelnen Gesellschafters. Wegen vorge-tragener Argumente war dem nicht benachrichtigten Gesellschafter, der deshalb nicht teilnehmen konnte, keine Stellungnahme möglich. Er konnte sich weder dafür, noch dagegen aussprechen. Das ist aber der Sinn jeder Gesellschafterversammlung. Das Für und Wider soll erörtert werden, um wirklich entsprechend den Interessen der Mehrheit die Entscheidung treffen zu können. Deshalb erkennt das Gesetz Beschlüsse einer derartigen Gesellschafterversammlung auch nicht als wirksam an.

Bei allen Mängeln der Berufung der Gesellschafter-
versammlung muß man aber beachten, daß die Gesell-
schafterversammlung trotz der Mängel wirksam be-
schließen kann, wenn alle Gesellschafter erschienen
oder vertreten sind und die Abhaltung einer Haupt-
versammlung im Sinne des § 241 Nr.1 AktG beschlossen
wird.¹⁾ Diese Ausnahmeregelung ist im Gesetz statuiert.
Die Hauptversammlung ist immer beschlußfähig.

Als weiteren Nichtigkeitsgrund nennt das AktG in
§ 241 Nr.2 den Verstoß gegen zwingende Formvorschrif-
ten. Das GmbHG kennt feste Formvorschriften nur für
die Satzungsänderung. Eine entsprechende Anwendung
auf den Abberufungsbeschluß kommt deshalb nicht in
Frage. Auch der Fall, daß der Abberufungsbeschluß mit
dem Wesen der GmbH (241 Nr.3 1.Halbsatz) nicht verein-
bar ist, ist undenkbar. Das GmbHG statuiert gerade

1) BGHZ 11, 231 (238); Hach.-Schmidt, § 45 Anm 15 a;
Bb-Hueck GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 2 A; Schilling
in GroßK zum AktG 1937, § 195 Anm 14; unbestritten.

zwingend ein Abberufungsrecht. Die Abberufung entspricht also dem Wesen der GmbH. Das gleiche gilt für den Fall, daß der Beschluß durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger der GmbH erlassen sind. Der Abberufungsbeschluß beinhaltet, den Geschäftsführer abzuberaufen. Dieser Inhalt kann nicht gegen derartige Vorschriften verstoßen. Wohl aber ist es denkbar, daß der Abberufungsbeschluß inhaltlich gegen Vorschriften verstößt, die im öffentlichen Interesse erlassen sind, wenn die §§ 12, 13 MitbestG und § 13 MitbestErgG diese Voraussetzungen erfüllen. Ein Beschluß, der die Abberufung ohne wichtigen Grund beinhalten würde, wäre dann nach § 241 Nr.3 AktG nichtig.

Durch die Verweisung auf § 84 AktG wurde das Abberufungsrecht für den Bereich dieser Gesetze zwingend auf das Vorliegen wichtiger Gründe begrenzt. Diese Bestimmungen können satzungsmäßig nicht beseitigt werden. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß ein widersprechender Gesellschafterbeschluß gegen Vorschriften des öffentlichen Interesses verstößt, auch wenn dieser Begriff weit auszulegen ist.¹⁾ Das öffentliche Interesse kann nicht damit begründet werden, daß die in diesen Gesetzen geregelten Fragen wegen ihrer sozialpolitischen Bedeutung im öffentlichen Interesse sind. Die Mitbestimmung als solche ist sicher im öffentlichen Interesse, nicht aber Einzelvorschriften über Form und die Art und Weise der Mitbestimmung.

1) Schilling in GroßK zum AktG 1937, § 195 Anm 17.

Deshalb ist auch die Beschränkung der freien Widerruflichkeit nicht im öffentlichen Interesse. Sie beinhaltet lediglich die gesellschaftspolitische Entscheidung, für alle betroffenen Gesellschaften eine einheitliche Regelung der Berufung und Abberufung des Vertretungsorgans zu schaffen. Das wurde mit der Verweisung auf bewährte Vorschriften des Aktienrechts erreicht. Gleichsam als Nebenprodukt der Verweisung erfuhr das Vertretungsorgan dadurch eine Stärkung, daß die bisher freie Widerruflichkeit beseitigt wurde, soweit sie durch andere Gesetze gewährt wurde. In ihrer Wirkung gibt diese Regelung dem Arbeitnehmervertreter einen stärkeren Rückhalt; denn eine freie Widerruflichkeit hätte die Mitbestimmung leicht zur Farce werden lassen können. Das ist aber nur eine Folge der Verweisung, nicht der Zweck, sonst hätte es der Gesetzgeber für die Mitglieder der Anteilseigner bei der Regelung des § 38 Abs 1 GmbHG belassen können. Der Beschluß ist deshalb wirksam. Der Geschäftsführer ist immer geschützt, weil die Abberufung ohne wichtigen Grund gesetzwidrig und nichtig ist.¹⁾

Als weiteren Fall der Nichtigkeit des Beschlusses nennt das Gesetz (§ 241 Nr.4 AktG) die inhaltliche Sittenwidrigkeit.²⁾ Inhaltliche Sittenwidrigkeit ist dann gegeben, wenn der Inhalt des Beschlusses gegen die guten Sitten verstößt. Der Beschluß: "Der Geschäftsführer X wird abberufen" beinhaltet im Regelfall keine Sittenwidrigkeit.

1) Vgl. unten Abschnitt D, II, 1

2) Unbestritten, vgl. Hach.-Schmidt, § 45 Anm 15 a, mit weiteren umfassenden Literaturangaben.

Wenn die Gesellschafter geschickt genug sind, können sie die Nichtigkeit wegen inhaltlicher Sittenwidrigkeit sogar durch exakte Formulierung immer verhindern.¹⁾ Das sittenwidrige Zustandekommen des Beschlusses führt aber nie zur Nichtigkeit, sondern immer nur zur Anfechtbarkeit.²⁾ Davon hat die Rspr³⁾ eine einzige Ausnahme anerkannt, wenn sich der Beschluß gegen einen Dritten richtet, weil der Dritte kein Anfechtungsrecht hat, die inhaltliche Sittenwidrigkeit durch exakte Formulierung ausgeschlossen werden kann und der Zweck des § 241 Ziff 4 AktG darin besteht, sittenwidriges Verhalten zu verhindern und nicht erst zu ermöglichen; denn ein Drittgeschäftsführer kann einen sittenwidrig zustande gekommenen Abberufungsbeschluß nicht anfechten. Er wäre schutzlos den Gesellschaftern ausgeliefert. Das Schrifttum⁴⁾ hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen.

Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Die §§ 241 ff AktG schließen als Sonderregelung die allgemeine Regelung des § 138 BGB aus. In diesem Fall greift der Zweck der Sonderregelung, für die Fälle des unsittlichen Zustandekommens des Abberufungsbeschlusses, z.B. Stimmenkauf oder sittenwidriger Mehrheitsmißbrauch, die Unwirksamkeit mit der Möglichkeit der Anfechtungsklage zu schaffen, nicht ein. Der Zweck des § 241 Ziff 4 AktG besteht aber nicht darin, sittenwidriges Verhalten zu sanktionieren, sondern die Folgen der Sittenwidrigkeit abweichend zu regeln. Das Gesetz geht dabei davon aus, daß das Interesse des Gesellschafters durch die Anfechtungsklage hinreichend geschützt ist.

1) So ausdrücklich RGZ 166, 129 (132); BGHZ 15, 382 (385); Hueck, Prof.Dr.Alfred in Anmerkung zu BGH-Urteil vom 18.12.1954 - II ZR 53/291 -, JZ 1955, 209;

2) Unbestritten, vgl. Hach.-Schmidt, § 45 Anm 15 a Ziff 5.

3) Vgl. Fußnote 1.

4) Hach.-Schmidt, § 45 Anm 15 b; Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 2 B; Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 11.

An vorsätzliche sittenwidrige Schädigung eines Dritten hat der Gesetzgeber offensichtlich nicht gedacht. Ein derartiger Beschluß erzeugt Außenwirkungen und hebt sich dadurch von den rein internen Beschlüssen ab. Beschlüsse mit gewollter sittenwidriger Außenwirkung unterliegen deshalb der allgemeinen Regelung des § 138 BGB, nach der sich die Sittenwidrigkeit aus Inhalt, Zweck und Form des Rechtsgeschäfts ergibt. Dabei spielt es keine Rolle, ob man den Beschluß selbst als Rechtsgeschäft bezeichnet. Bei Verneinung finden die Grundsätze des § 138 BGB entsprechende Anwendung.

Der letzte Fall der Nichtigkeit ist die Löschung eines Beschlusses, wenn der Beschluß inhaltlich zwingende gesetzliche Vorschriften verletzt und die Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint. Ein Fall, der die Löschung eines Abberufungsbeschlusses in öffentlichem Interesse erfordert, ist m.E. nicht denkbar. Es besteht kein öffentliches Interesse an der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit. Die Geltendmachung hat das Gesetz den Beteiligten überlassen.

4. Die Anfechtbarkeit des Abberufungsbeschlusses.

Auch die Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen wurde von der Rechtsprechung¹⁾ aus dem Recht der AG²⁾ übernommen. Das Schrifttum³⁾ ist heute ebenfalls der übereinstimmenden Auffassung, daß die Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen nach § 197 ff AktG (jetzt §§ 243 ff AktG 1965) sinngemäß auch im Recht der GmbH gilt.

1) RGZ 80, 330 (335); 85, 312 (313); 101, 160 (161); 166, 129 (131); RG, DR 1944, 247; OLG Hamburg in GmbHRdSch 53, 95; OLG Celle in GmbHRdSch 59, 113; BGHZ 21, 354 (358).
2) §§ 271 ff HGB; seit 1937 §§ 197 ff AktG; seit 1.1.66 §§ 243 ff AktG.

3) Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 11 ff; Hach.-Schmidt, § 45 Anm 16 ff Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 3 ff; Vogel, § 46 Anm 2 und 6; Liebmann, § 45 Anm 5; Liebmann-Saenger, § 45 Anm 5; Brodmann, GmbHG, § 47 Anm 4.

Nur früher finden sich vereinzelt Stimmen, die sich gegen die Anfechtungsklage aussprechen.¹⁾ Wegen der gleichgearteten Sach- und Rechtslage ist eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des Aktienrechts durchaus gerechtfertigt. Das führt dazu, daß die Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Gesellschafterbeschlusses in gleicher Weise vorzunehmen ist, wie es das Aktienrecht tut. Im Aktienrecht sind die Fälle der Nichtigkeit, wie wir gesehen haben, zwingend und abschließend geregelt. Soweit ein Fall der Nichtigkeit vorliegt, besteht keine Anfechtbarkeit; denn Nichtigkeit bedeutet, daß der Beschluß vom Recht als wirksamer Willensakt der GmbH nicht anerkannt wird, weil der Beschluß in besonders grober Weise gegen formelle oder materielle Gesetzesvorschriften verstößt. Anfechtbarkeit bedeutet dagegen, daß der Gesetzes- oder Satzungsverstoß nur dann zur Nichtigkeit des Beschlusses führt, wenn er durch Anfechtungsklage für nichtig erklärt wird. Deshalb ist die erste Voraussetzung der Anfechtbarkeit, daß es sich nicht um einen nichtigen Gesellschafterbeschuß handelt.

Eine weitere Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist, daß der Beschluß nicht nur eine reine Ordnungsvorschrift²⁾ verletzt, wie sie vielfach in der Satzung zur Regelung des Ablaufs der Gesellschafterversammlung und der Abstimmung aufgestellt werden.

1) Huber, Ernst-Rudolf "Die Nichtigkeit der Handelsgesellschaften und ihrer Beschlüsse in verwaltungsrechtlicher Betrachtung" in Verwaltungs-Archiv Bd.37, S. 1 ff.

2) Unbestritten, vgl. Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 3 A Abs 2 ; Hach.-Schmidt, § 45 Anm 29 a.

Mit der Aufstellung von Ordnungsvorschriften wollten die Gesellschafter in der Satzung, wie auch das Gesetz, keine allgemeinen Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Beschlusses schaffen, sondern eine ordnungsgemäße Abstimmung sicherstellen. Wenn trotz Verstoßes gegen Ordnungsvorschriften der Beschluß eindeutig zustande gekommen ist, besteht kein Interesse, den Beschluß durch Richterspruch für nichtig zu erklären. Der Verstoß gegen Ordnungsvorschriften hat deshalb auf die Wirksamkeit keinen Einfluß. Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind - ein Gesellschafterbeschluß, der gegen Gesetz oder Satzung verstößt, der Beschluß nicht nichtig ist und die verletzte Gesetzes- oder Satzungsbestimmung auch keine reine Ordnungsvorschrift darstellt -, ist der Beschluß grundsätzlich anfechtbar. Die Rechtsprechung¹⁾ hält aber noch eine weitere Voraussetzung für erforderlich: Die Kausalität zwischen Verfahrensverstoß und Beschluß. Die Anfechtung sei zu versagen, wenn der Beschluß nicht auf der behaupteten Gesetzes- oder Statutenverletzung beruhen könne. Es sei kein positives Erfordernis der Kausalität aufzustellen, sondern die Anfechtungsklage zu versagen, wenn offensichtlich der Beschluß nicht auf der behaupteten Statuten- oder Gesetzesverletzung beruhen könne. Schon die Möglichkeit genüge, um der Anfechtungsklage Raum zu schaffen. Der Auffassung der Rechtsprechung hat sich das Schrifttum²⁾ angeschlossen mit der Folgerung,

1) RGZ 65, 241 (242) mit weiteren Nachweisen; 90, 206 (208); 106, 258 (263); 110, 194 (197); 115, 345 (350); 167, 151 (165); für Gesellschafterstimmen, die für die erforderliche Mehrheit nicht in Betracht kommen, obwohl Verfahrensmängel vorlagen: BGH, LM Nr. 1 zu § 197 AktG 1937; BGH, NJW 59, 192.

2) Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 18 letzter Absatz; Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 3 D; Hach.-Schmidt, § 45 Anm 30; Staub-Hachenburg, § 45 Anm 23; Schilling in GroßK zum AktG 1937, § 197 Anm 10.

daß nicht der Anfechtungskläger die Kausalität beweisen müsse, sondern der GmbH es offenstehe, den Beweis anzutreten, daß der Beschluß nicht auf diesem Mangel beruhe.

Die Tendenz der Rechtsprechung, die der Gesetzgeber in § 241 ff AktG kodifizierte, geht dahin, die Nichtigkeitsgründe und die Vernichtbarkeit durch Anfechtungsklage auf das unbedingt notwendige Maß zu beschränken. Diese Tendenz wird begründet aus dem Prinzip der Rechtssicherheit und aus dem in der Beschlußfassung geschaffenen Rechtsschein der wirksamen Willensbildung. Auf diesen Rechtsschein sollen sich alle Beteiligten verlassen können, die Gesellschafter, die an der Beschlußfassung teilgenommen haben, ebenso wie die Organe, die die Beschlüsse ausführen sollen und auch jeder Dritte, der mit der GmbH in Verbindung tritt. Wenn nun offensichtlich der Mangel der Beschlußfassung auf das Ergebnis keinen Einfluß haben konnte, stellt sich die Anfechtungsklage als unzulässig dar, weil damit ein Beschluß vernichtet wird, der bei erneuter Beschlußfassung nur inhaltlich gleichlautend sein kann, zumal die Gesellschafterversammlung durch fehlerfreie Wiederholung des Beschlusses jederzeit eine Beseitigung der Anfechtbarkeit mit der Wirkung ex tunc herbeiführen kann. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird daher mit Recht in einem solchen Fall die Anfechtungsklage als unzulässig versagt.

Nach diesen Grundsätzen ist auch die weitere Frage zu beantworten, ob eine Verletzung zwingender Vorschriften des Gesetzes zur Anfechtbarkeit oder zur Nichtigkeit führt.

Staub-Hachenburg¹⁾ vertraten noch die Auffassung, die Verletzung zwingender Vorschriften des Gesetzes führe zur Nichtigkeit nach § 134 BGB, die Verletzung dispositiven Rechts und der Satzung führe zur Anfechtbarkeit. Diese Meinung kann für das geltende Recht bei der abschließenden Kodifizierung der Nichtigkeitsgründe in §§ 241 ff AktG nicht aufrecht erhalten werden. Als zwingende Vorschriften, die zur Nichtigkeit des Beschlusses führen, sind lediglich anerkannt: Vorschriften, die das Wesen der GmbH ausmachen - z.B. keine persönliche Haftung der Gesellschafter - Vorschriften, die zum Schutz der Gläubiger oder im öffentlichen Interesse erlassen sind, wenn der Beschluß inhaltlich dagegen verstößt - z.B. der Satz von der Erhaltung des Stammkapitals, Haftungsbestimmungen der §§ 21 ff GmbHG - und die Vorschrift des § 138 BGB nur, soweit der Inhalt des Beschlusses nichtig ist, mit der von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahme, daß sich ein nach Beweggrund und Zweck sittenwidriger Beschluß gegen einen Dritten richtet. der keine Recht zur Anfechtungsklage hat. Für den Abberufungsbeschluß gilt das gleiche, wie wir oben gesehen haben. Anfechtbarkeit des Abberufungsbeschlusses kommt deshalb vor allem in den Fällen in Frage, in denen die Nichtigkeit verneint wurde, wenn Vorschriften der Einberufung nicht beachtet sind, die nicht unter § 241 Nr.1 AktG fallen, wenn der Abberufungsbeschluß die Abberufung ohne wichtigen Grund im Bereich des Mitbestimmungs- oder Mitbestimmungsergänzungsgesetzes beinhaltet oder wenn der Abberufungsbeschluß wegen der Art des Zustandekommens sittenwidrig ist und der betroffene Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist.

1) § 45 Anm 10 ff.

V. Die Geltendmachung von Unwirksamkeit,
Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Das GmbHG hat die Voraussetzungen der Geltendmachung fehlerhafter Beschlüsse und die Möglichkeit der Ausschaltung von Rechtswirkungen solcher Beschlüsse nicht geregelt. Diese Lücke wird ebenso, wie zur Frage der Abgrenzung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit dargelegt, durch eine entsprechende Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften ausgefüllt.¹⁾ Es kommen auch hier die §§ 241 ff AktG in Betracht. Die Grenze der entsprechenden Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften ist auch hier an der Stelle zu ziehen, wo die aktienrechtlichen Vorschriften dem Wesen und der Struktur der GmbH widersprechen.

Wie wir im vorigen Kapitel gesehen haben, setzen die Rechtsfolgen Unwirksamkeit, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Abberufungsbeschlusses einen Beschluß der Gesellschafterversammlung voraus. Nicht nach diesen Vorschriften beurteilen sich der Nichtbeschluß, der Scheinbeschluß und der Abberufungsbeschluß der Gesellschafterversammlung, wenn die Zuständigkeit ausschließlich einem anderen Organ übertragen wurde. In diesen Fällen liegt überhaupt kein Beschluß und folglich auch kein Abberufungswille vor. Diese Beschlüsse sind deshalb null und nichtig. Es bedarf zu ihrer Feststellung keiner Klage. Wenn aber die Nichtigkeit bestritten wird, hat der betroffene Geschäftsführer die Möglichkeit der Feststellungsklage nach § 256 ZPO, wenn und soweit deren Voraussetzungen vorliegen.

1) RG, DR 44, 247; Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 4 A; Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 17; Hach.-Schmidt, § 45 Anm 20 ff.

1. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit.

Der gegen das Sonderrecht zur Geschäftsführung verstößende Abberufungsbeschluß ist unwirksam. Es bedarf keiner besonderen Geltendmachung, um die Unwirksamkeit herbeizuführen und die Rechtsfolgen, die sich aus der Invollzugsetzung des Beschlusses ergeben würden, abzuwenden. Der Geschäftsführer kann sein weiteres Handeln so einrichten, als sei der Abberufungsbeschluß nicht ergangen.¹⁾

Praktisch wird dem Geschäftsführer aber mit dieser Empfehlung nicht ausreichend gedient sein; denn die Gesellschafter werden ihrerseits in vielen Fällen den Abberufungsbeschluß für fehlerlos und wirksam halten und deshalb den Geschäftsführer an der weiteren Ausübung seiner Tätigkeit hindern. Dem Geschäftsführer, den Gesellschaftern und den übrigen Organen der GmbH ist deshalb die Möglichkeit einzuräumen, im Interesse der Rechtssicherheit und der wirtschaftlichen Ordnung innerhalb der GmbH eine Feststellungsklage auf Unwirksamkeit bzw. Wirksamkeit des Beschlusses zu erheben.²⁾

2. Die Geltendmachung der Nichtigkeit.

Im Aktienrecht gibt es keine besondere Begriffsbestimmung für die Nichtigkeit. Der Begriff der Nichtigkeit ist deshalb dem bürgerlichen Recht zu entnehmen und bedeutet, daß der nichtige Abberufungsbeschluß

1) Vgl. Hach.-Schmidt, § 45 Anm 18

2) Vgl. Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 31.

von Anfang an und dauernd wirkungslos ist.¹⁾ Auf die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses kann sich jedermann berufen und die Nichtigkeit einredeweise und durch Widerklage im Prozeß und in jeder Form auch außerhalb des Prozesses geltend machen (§ 249 Abs 1 Satz 2 AktG).²⁾ Einem Dritten steht dabei nur die Feststellungsklage nach § 256 ZPO offen, wenn und soweit deren Voraussetzungen vorliegen. Es ist deshalb zu fragen, ob einem Drittgeschäftsführer wegen eines nichtigen Abberufungsbeschlusses die Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG oder die Feststellungsklage nach § 256 ZPO offensteht. Der Unterschied liegt nicht in der Klageart. Beides sind Feststellungsklagen.³⁾ Der Unterschied besteht aber darin, daß § 256 ZPO ein besonderes Feststellungsinteresse auf alsbaldige Feststellung erfordert, während bei der Nichtigkeitsklage sich das Feststellungsinteresse bereits aus der Stellung zur GmbH ergibt und die Rechtskraftwirkung der allgemeinen Feststellungsklage nur unter den Parteien wirkt, während die Rechtskraftwirkung der Nichtigkeitsklage unter allen Beteiligten wirkt.

Das Schrifttum nimmt, soweit ersichtlich, zu dieser Frage nicht Stellung. Lediglich das Recht der Anfechtungsklage verneint die herrschende Meinung⁴⁾ mit dem Hinweis, die Bestimmungen des § 245 Abs 1 Ziff 4 und 5 AktG seien singulärer Natur.

1) Schilling in GroßK zum AktG 1937, § 195 Anm 3

2) Unbestritten, vgl. Hach.-Schmidt, § 45 Anm 15 b Ziff 1 d; BGHZ 11, 239.

3) Unbestritten, vgl. Bb-Hueck, AktG, § 201 Anm 1.

4) Hach.-Schmidt, § 45 Anm 22; Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 10; Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 4 B; anderer Meinung: Liebmann, § 45 Anm 5 und Liebmann-Saenger, § 45 Anm 5.

Aus der Verneinung der Anfechtungsklage kann aber nicht zwingend notwendig auf die Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage geschlossen werden. Im übrigen ist diese Streitfrage für den Abberufungsbeschluß hinsichtlich des Feststellungsinteresses rein theoretisch. Entweder die GmbH ist mit dem Geschäftsführer der Auffassung, der Abberufungsbeschluß sei nichtig, dann bedarf es keiner Feststellungsklage, weil in einem solchen Fall wohl kein Streit entsteht. Ist die GmbH aber der Auffassung, der Abberufungsbeschluß sei wirksam, so ist ein besonderes Feststellungsinteresse des Geschäftsführers auf Feststellung immer zu bejahen, weil sie dann den Geschäftsführer an der weiteren Ausübung seines Amtes hindern wird. Es ist aber zu prüfen, ob das Feststellungsinteresse nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil der Geschäftsführer die Leistungsklage¹⁾ auf Zulassung zur Geschäftsführung und zur Vertretung erheben könnte.

Wie bereits dargelegt wurde, kann der Geschäftsführer nie vollständig von der Geschäftsführung und von der Vertretung ausgeschlossen werden. Danach hat der Geschäftsführer immer bei nichtigem Abberufungsbeschluß den Anspruch, zur Geschäftsführung und Vertretung zugelassen zu werden. Er könnte also die Leistungsklage erheben auf Zulassung zur Geschäftsführung und Vertretung. Mit der Feststellung der Wirksamkeit der Abberufung müßte das Gericht gleichzeitig über die Wirksamkeit des Abberufungsbeschlusses entscheiden, so daß die gleichen Gesichtspunkte gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage sprechen, die im

1) Es ist unbestritten, daß eine Leistungsklage das Rechtsschutzinteresse an einer Feststellungsklage ausschließt; vgl. Bb-Lauterbach, ZPO § 256, Anm 5.

2) Vgl. oben Abschnitt B III.

Regelfall bei gegebener Leistungsklage zur Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses führen. Trotzdem muß man in diesem Falle anders entscheiden.

Beim Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes wurde festgestellt, daß insoweit die Vorschrift des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG entsprechend zur Anwendung kommt. Hier liegt der Fall ähnlich. Es fehlt eine positive Regelung. Die GmbH beruft sich auf die Wirksamkeit des Abberufungsbeschlusses. Der Geschäftsführer ist der Ansicht, daß der Beschluß nichtig ist. Ein solcher Schwebezustand ist unverträglich mit dem Amt der Geschäftsführung. Deshalb hat das Gesetz angeordnet, daß die Abberufung wirksam ist, so lange die Unwirksamkeit nicht festgestellt wurde. Die gleiche Sach- und Rechtslage rechtfertigt eine Analogie. Das die Analogie rechtfertigende Merkmal ist der Streit über die Wirksamkeit, der vom Gesetz als unerträglich empfundene Schwebezustand, der deshalb eine positive Regelung erfahren hat. Das bedeutet, die Abberufung ist als wirksam zu behandeln,¹⁾ so lange nicht die Unwirksamkeit festgestellt wird. Wenn aber die Abberufung als wirksam zu behandeln ist, so kann nicht davon ausgegangen werden, daß der Geschäftsführer einen Anspruch auf Zulassung zur Geschäftsführung und zur Vertretung geltend machen könnte.

1) Bb-Hueck, zum AktG von 1937, § 75 Anm 5 D.

Daraus muß man folgern, daß dem Geschäftsführer eine Leistungsklage auf Zulassung zur Geschäftsführung und Vertretung nicht offensteht. Das Rechtsschutzbedürfnis im Sinne des § 256 ZPO ist deshalb immer zu bejahen, wenn der abberufene Geschäftsführer auf Feststellung der Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses klagt.

Hinsichtlich des Rechtsschutzbedürfnisses ist die Frage der Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG oder der allgemeinen Feststellungsklage auf Feststellung der Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses rein theoretisch, nicht aber hinsichtlich der Rechtskraftwirkung. Die Feststellungsklage des § 256 ZPO wirkt immer nur unter den Parteien, die Nichtigkeitsklage wirkt nicht nur gegenüber der GmbH, die nach den anzuwendenden Vorschriften des § 246 Abs 2 AktG Beklagte ist, sondern darüber hinaus gegenüber allen Gesellschaftern und allen Mitgliedern der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats (§ 249 in Verbindung mit § 248 AktG). Die gleiche Wirkung kann mit der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO nur erreicht werden, wenn die Klage auch gegen diese Personen erhoben wird. Der Zweck der besonderen Nichtigkeitsklage des § 249 AktG liegt darin, im Innenverhältnis allen Beteiligten an der GmbH die Berufung auf den nichtigen Gesellschafterbeschluß unmöglich zu machen. Das gilt auch gegenüber den Organmitgliedern, die nicht Gesellschafter sind, weil auch sie im Innenverhältnis an die Feststellung der Nichtigkeit gebunden werden sollen, um eine Gleichbehandlung des Beschlusses durch alle Beteiligten sicherzustellen. Das gleiche Bedürfnis besteht ohne Unterschied auch bei der GmbH.

Es ist deshalb nicht recht einzusehen, warum die Vorschrift des § 249 AktG, die auch dem Geschäftsführer ein Nichtigkeitsklagerecht gibt, nicht entsprechend anzuwenden sei, wenn im übrigen auf die Mängel der Beschlußfassung die §§ 241 ff AktG für anwendbar gehalten werden. Es fehlt auch an einer unterschiedlichen Sach- und Rechtslage, die einer sinngemäßen Anwendung insoweit entgegenstünde. Gegen einen nichtigen Abberufungsbeschluß hat der Geschäftsführer deshalb die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG, die als Sonderregelung insoweit die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO für den genannten Personenkreis ausschließt.¹⁾

3. Die Geltendmachung der Anfechtbarkeit.

Im Gegensatz zur Nichtigkeit des Beschlusses kann die Anfechtbarkeit nur durch Klage geltend gemacht werden. Sie ist ihrem Wesen nach Gestaltungsklage und erstrebt die rückwirkende Vernichtung des angefochtenen Gesellschafterbeschlusses.²⁾ Die Vorschriften der §§ 243 ff AktG gelten auch für die Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen der GmbH-Gesellschafter. Für die Anfechtung des Abberufungsbeschlusses sind drei Probleme zu klären: Ob der Drittgeschäftsführer die Anfechtungsklage erheben kann, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer Protest erheben und zu Protokoll geben muß und ob die Ausschußfrist des § 246 Abs 1 AktG auch im GmbH-Recht gilt .

1) Schilling in GroBK zum AktG 1937, § 201 Anm 2, für das Aktienrecht.

2) Vgl. Bb-Hueck, AktG 1937, § 199 Anm 1; unbestritten.

Eines ist aber als Unterschied zur Nichtigkeit festzuhalten: Auf die Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses kann sich der Gesellschafter-Geschäftsführer selbst dann berufen, wenn er der Abberufung zugestimmt hat.¹⁾ Das Recht zur Erhebung der Anfechtungsklage wird dagegen durch Stimmen für den Gesellschafterbeschuß oder durch Zustimmung zu dem Gesellschafterbeschuß ausgeschlossen,²⁾ weil der Erhebung der Anfechtungsklage der Einwand des "venire contra factum proprium" entgegensteht.³⁾

Die Frage, ob der Geschäftsführer als solcher die Anfechtungsklage erheben kann, wird vom Schrifttum⁴⁾ zumeist verneint. Schmidt⁵⁾ begründet das mit dem Hinweis, die entsprechenden Vorschriften (jetzt § 244 Ziff 4 und 5 AktG 1965) seien singulärer Natur. Hefermehl⁶⁾ gibt dem Geschäftsführer als solchem ein Anfechtungsrecht, wenn sich der Geschäftsführer durch die Ausführung des Beschlusses sonst strafbar oder ersatzpflichtig machen würde.

1) Hach.-Schmidt, § 45 Anm 15 b Ziff 1 b mit weiteren Literaturnachweisen.

2) Hach.-Schmidt, § 45 Anm 20 Abs b; Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 18; Brodmann, GmbHG, § 47 Anm 4 h und m; Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 4 B.

3) Staudinger-Weber, § 242 Anm D 323.

4) Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 4 B; und die folgenden Fußnoten 5 und 6; anderer Meinung Liebmann, § 45 Anm 5.

5) Hach.-Schmidt, § 45 Anm 22.

6) Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 18.

Das Anfechtungsrecht des Vorstandes als Kollegium¹⁾, wie des einzelnen Mitgliedes des Vorstandes oder des Aufsichtsrates nach diesen Vorschriften ist eine notwendige Ergänzung der in §§ 93 und 116 AktG festgelegten Ersatzpflicht und der Strafvorschriften (§§ 399 ff AktG)²⁾. Eine dem § 93 AktG entsprechende Haftungsvorschrift gibt § 43 GmbHG für die Geschäftsführung. § 116 AktG gilt für den fakultativen Aufsichtsrat des § 52 GmbHG genauso, wie für den obligatorischen Aufsichtsrat nach § 77 BVG und des MitbestG und MitbestErgG. Auch die Straftatbestände der §§ 81 a ff GmbHG gleichen vielfach den Tatbeständen der §§ 399 ff AktG. Wenn man von diesem Sachverhalt ausgeht, und weil der Zweck des Anfechtungsrechts darin besteht, sich vor strafrechtlicher und zivilrechtlicher Haftung für die Ausführung eines gesetz- oder satzungswidrigen Gesellschafterbeschlusses zu sichern, kann man eine gleichartige Sach- und Rechtslage insoweit nicht verneinen. Trotzdem muß man die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften für die GmbH ablehnen. Die eigenverantwortliche Leitung des Vorstandes der AG und seine weit- aus stärkere Stellung aufgrund der grobenteils zwingenden Zuständigkeit begründen den Unterschied. Die Geschäftsführer der GmbH sind der Gesellschafterversammlung in jeder Hinsicht untergeordnet. Nicht so der Vorstand der AG, wie allein die Tatsache zeigt, daß über Maßnahmen der Geschäftsführung die Hauptversammlung nur beschließt, wenn der Vorstand einen Beschluß herbeiführt (§ 119 Abs 2 AktG).

1) Schilling in GroßK zum AktG 1937, § 198 Anm 18 .

2) Schilling ebenda, Anm 22.

Daraus muß man folgern, daß die Geschäftsführung als Kollegium und auch der einzelne Geschäftsführer nach § 245 Ziff 4 und 5 AktG kein Anfechtungsrecht besitzen. Der Geschäftsführer ist nicht eigenverantwortlicher Leiter, sondern der Gesellschafterversammlung untergeordnet, so daß ihn bei Ausführung des anfechtbaren Gesellschafterbeschlusses der Wille des übergeordneten Organs grundsätzlich deckt. Damit entfällt auch eine zivilrechtliche Haftung, vor allem wenn der Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung auf die Anfechtbarkeit aufmerksam macht - dazu ist er aus seiner Treupflicht als Organ und der Pflicht zur Wahrnehmung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 Abs 1 GmbHG) im Einzelfall verpflichtet -, und erst auf ausdrückliche Anweisung den anfechtbaren Beschluß ausführt. Die Ausführung eines Beschlusses, durch den sich der Geschäftsführer strafbar machen würde, kann er verweigern, ohne daß die GmbH deshalb den Geschäftsführer abberufen könnte, weil sie strafbare Handlungen des Geschäftsführers nicht verlangen kann. Es besteht deshalb auch kein Grund, unter diesen Voraussetzungen die Anfechtungsklage des Geschäftsführers in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer für zulässig zu erachten, wie Hefermehl meint. Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß der Drittgeschäftsführer die Anfechtungsklage nicht erheben kann.

Auch die weitere Frage, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer besonderen Widerspruch zur Niederschrift erklären muß, ist zu verneinen.¹⁾ Die Vor-

schriften des § 245 Ziff 1 und 2 AktG sind aus praktischen Erwägungen nur für die AG bestimmt. Bei einer Aktionärsversammlung erzeugt die widerspruchslose Teilnahme an der Beschlußfassung die Vermutung der Zustimmung zu dem Beschluß. Bei einer Vielzahl von Aktionären ist es in der Regel nach der Beschlußfassung nicht mehr feststellbar, wie der Einzelne in der Beschlußfassung gestimmt hat.

§ 245 Ziff 1 ^{AktG} schließt insoweit schwierige Beweisfragen aus, wenn das Anfechtungsrecht wegen Zustimmung bestritten würde, indem die Vorschrift positiv die Vermutung der Zustimmung schafft, wenn und soweit kein Widerspruch erhoben wurde. Bei der GmbH mit übersichtlichen Beteiligungsverhältnissen und wenigen Gesellschaftern, die alle persönlich miteinander bekannt sind, bedarf es einer derartigen Regelung nicht. Es ist auch noch nach der Gesellschafterversammlung bekannt, wer dafür und wer dagegen gestimmt hat.

§ 245 Ziff 2 AktG schließt den nicht teilnehmenden Aktionär von dem Anfechtungsrecht grundsätzlich aus. Das beruht allein schon auf der Tatsache, daß das Anfechtungsrecht einen Widerspruch in der Hauptversammlung voraussetzt. Wenn aber die Nichterhebung des Widerspruchs in der Hauptversammlung nicht zu Lasten des Aktionärs geht, so soll dieser Mangel ihm auch nicht entgegengehalten werden können. Hinter beiden Vorschriften steht der Gedanke, wer nicht in der Hauptversammlung auf eine gesetzmäßige und statutenkonforme Beschlußfassung hinwirkt, hat auch kein Anfechtungsrecht.

1) Hach.-Schmidt, § 45 Anm 20; Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 4 B; Scholz-Nefernehl, § 45 Anm 18; Brodmann, GmbHG, § 47 Anm 4 h.

Wegen des typischen Zuschnitts beider Vorschriften auf die anonyme Aktionärsversammlung kann eine entsprechende Anwendung im GmbH-Recht nicht in Frage kommen. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer braucht also keinen besonderen Prozeß zu erheben, um einen anfechtbaren Abberufungsbeschluß auch anfechten zu können.

Umstritten ist im Recht der GmbH die dritte Frage, ob die feste Einmonatsfrist der Anfechtungsklage auch für das Recht der GmbH gilt. Das RG¹⁾ hat sich in ständiger Rechtsprechung für eine variable, angemessene Frist ausgesprochen. Das RG begründet seine Auffassung damit, daß im Recht der GmbH eine Anfechtungsfrist fehle. Trotzdem sei die Anfechtungsklage ohne jede zeitliche Beschränkung unzulässig. Der Gesellschafter müsse aufgrund seiner Treupflicht die Klage in angemessener Frist erheben. Die scharfe Ausschußfrist des AktG könne wegen der persönlichen Beziehungen der Gesellschafter zueinander eine Härte bedeuten, wenn Klage erhoben werden müßte, obwohl noch Verhandlungen unter den Gesellschaftern über eine außergerichtliche Bereinigung schweben. Dieser Rechtsprechung hat sich die herrschende Meinung im Schrifttum²⁾ angeschlossen. Dagegen wenden sich Scholz³⁾, Vogel⁴⁾ und Hefermehl.⁵⁾

1) RGZ 142, 36 (42); 170, 358 (380); RG, DR 1944, 247 (248); ebenso entschieden OLG Hamburg, BB 1953, 157; OLG Celle GmbH RdSch 1959, 113 und OLG München, GmbH RdSch 1959, 151.

2) Bb-Hueck, GmbHG, Anm nach § 47 Anm 4 D; Hach.-Schmidt, § 45 Anm 31; Hachenburg, 5. Aufl, sprach sich für eine zeitlich unbegrenzte Anfechtungsklage aus. Wie Hachenburg, 5. Aufl, auch Crüger-Crecelius, § 45 Bemerkung 1.

3) Scholz, 2./3. Aufl, § 45 Anm 20 und Scholz, Dr. Franz "Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen und Rechtssicherheit" in GmbH RdSch 52, 161 ff.

4) Vogel in GmbH RdSch 53, 5 ff.

5) Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 20.

Scholz wendet sich dagegen, daß das Rechtsinstitut der Anfechtungsklage nur halb übernommen sei. Dadurch werde die Rechtssicherheit abgeschwächt. Nach Vogel müsse man bei entsprechender Anwendung der §§ 197 AktG 1937, (jetzt §§ 243 ff AktG 65) auf die Anfechtungsklage auch die Einmonatsfrist anwenden. Sie sei wesentlicher Bestandteil der Anfechtungsklage. Die gleichen Gedankengänge bringt Hefermehl.

Der Zweck der Einmonatsfrist in § 199 Abs 1 AktG 1937 (jetzt: § 246 Abs 1 AktG 1965) besteht unbestritten darin, möglichst schnell Klarheit über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Beschlusses herbeizuführen. Dieser Zweck ergibt sich bereits aus dem Wesen der Einmonatsfrist als Ausschlußfrist.¹⁾ Gegen das Argument des RG, im GmbH-Recht fehle eine feste Einmonatsfrist, wendet mit Recht Hefermehl ein, im GmbH-Recht fehle überhaupt jede Regelung der Anfechtungsklage, somit müsse auch die Regelung der Anfechtungsfrist fehlen. Es kommt also allein darauf an, ob die feste Einmonatsfrist ein wesentlicher Bestandteil des Instituts der Anfechtungsklage ist. Davon kann aber keine Rede sein. Daß das Recht der Anfechtungsklage aus Gründen der Rechtssicherheit befristet sein muß, ist keine Frage, aber die Dauer dieser Ausschlußfrist muß nicht notwendig ein Monat sein. Man wird aber auch für die GmbH im Regelfall davon ausgehen müssen, daß die Anfechtungsklage nach Ablauf eines Monats nicht mehr erhoben werden kann. Der Gesellschafter hatte während dieses Monats genügend Zeit, sich über die Erhebung der Anfechtungsklage schlüssig zu werden. Man wird aber mit dem RG anders entscheiden müssen, wenn ein Gesellschafter in Verhandlungen eine außer-

1) Bb-Hueck, AktG, § 199 Anm 2; unbestritten.

gerichtliche Bereinigung erstrebt. So lange die Verhandlungen nicht als ergebnislos abgebrochen sind, wird es nicht verlangt werden können, daß der Gesellschafter vor Ablauf eines Monats die Anfechtungsklage erhebt oder praktisch dadurch einen Zwang auf die Gesellschafter ausübt, daß entweder eine gütliche Einigung erzielt oder die Anfechtungsklage erhoben sein muß. Diesen Zwang erfordert die Rechtssicherheit nicht. Auch ist in diesen Fällen eine gütliche Einigung im Interesse des gedeihlichen Zusammenwirkens aller Gesellschafter einer gerichtlichen Entscheidung in der Regel vorzuziehen. Ein Rechtsstreit würde die Beziehungen der Gesellschafter zusätzlich belasten. Derartige Belastungen und an sich überflüssige gerichtliche Auseinandersetzungen können durch eine angemessene Anfechtungsfrist vermieden werden. Aufgrund dieser Überlegungen ist die Einmonatsfrist für die Anfechtungsklage im GmbH-Recht abzulehnen.

VI. Die Heilung des mangelhaften Abberufungsbeschlusses.

Von der Heilung eines mangelhaften Abberufungsbeschlusses ist die Neuvernahme des nichtigen Abberufungsbeschlusses und die Bestätigung des anfechtbaren Abberufungsbeschlusses zu unterscheiden. Die Neuvernahme eines nichtigen Abberufungsbeschlusses enthält eine wirksame Bildung des Abberufungswillens. Wenn gleichzeitig die Aufhebung des früheren nichtigen Abberufungsbeschlusses erfolgt, wird einer darauf gestützten Nichtigkeitsklage der Boden entzogen.¹⁾

1) BGHZ 15, 324, (332); 21, 354 (356); Schilling in GroßK zum AktG 1937, § 195 Anm 7 b.

Im Gegensatz dazu heilt der bestätigende Abberufungsbeschluß den anfechtbaren Beschluß mit rückwirkender Kraft.¹⁾ § 144 BGB gilt entsprechend. Heilung im Sinne der folgenden Ausführungen ist allein die Heilung der Nichtigkeit nach § 242 AktG. Diesem Fall der Heilung der Nichtigkeit ist es gleichzustellen, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer gegen den Abberufungsbeschluß wegen Fristablaufs die Anfechtungsklage nicht mehr erheben kann.

Die entsprechende Anwendung des § 196 AktG (jetzt § 242 AktG 1965) auf Beschlüsse der GmbH wird heute allgemein²⁾ bejaht, während früher vor allem gegen die entsprechende Anwendung des § 196 Abs 2 AktG (jetzt § 242 Abs 2 AktG 1965) Bedenken³⁾ erhoben wurden, weil bei dem weniger förmlichen GmbH-Recht die Eintragung eines nichtigen Beschlusses eher möglich sei als im Aktienrecht. Die Heilung nichtiger Beschlüsse sei im Interesse der Rechtssicherheit geschaffen worden. Es gebe keine ewige Nichtigkeit. Das folge bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, aus dem sich die Verwirkung des Rechts der Berufung auf die Nichtigkeit eines Beschlusses ergebe. § 196 AktG (jetzt § 242 AktG 1965) stellt insoweit eine den Bedürfnissen des Aktienrechts angepaßte Sonderregelung dar. Die gleiche Sach- und Rechtslage besteht aber auch bei den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung der GmbH. Eine entsprechende Anwendung wird deshalb mit Recht bejaht.

1) Schilling, a.a.O., Anm 7 c, soweit ersichtlich, unbestritten.

2) BGHZ 11, 231 (235 ff); Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 47, Anm 2 c; Hach.-Schmidt, § 45 Anm 15; Scholz-Hefermehl, § 45 Anm 15; Scholz, "Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen und Rechtssicherheit" in GmbHRdSch 52, 161 ff; 54, 65; "Recht und Nichtigkeit" in GmbHRdSch 58, 1 ff;

3) Bb-Hueck, GmbHG, 5.Aufl, Anhang nach § 47, Anm 2 C; Scholz, 2./3.Aufl, § 45 Anm 17 und 30; Hachenburg, 5.Aufl, § 45 Anm 15 und 30.

Obwohl § 242 AktG entsprechend auch für das Recht der GmbH gilt, kommt eine Heilung eines wichtigen Abberufungsbeschlusses nicht in Frage. Die Heilung wegen Formmangels nach § 242 Abs 1 AktG kann nicht eintreten, da das GmbHG keine bestimmte Form vorschreibt. Eine Heilung nach § 196 Abs 1 AktG 1937 (jetzt § 242 Abs 1 AktG 1965) käme deshalb nur für den Satzungsänderungsbeschluß in Frage.¹⁾ Eine Heilung des Abberufungsbeschlusses nach § 196 Abs 2 AktG 1937 (jetzt § 242 Abs 2 AktG 1965) setzt voraus, daß der Abberufungsbeschluß in das Handelsregister eingetragen ist. Das gilt aber nur für solche Beschlüsse, die von Gesetzes wegen einzutragen sind.²⁾ Nur bei den einzutragenden Beschlüssen besteht eine Prüfungspflicht des Registerrichters. Nur hier erzeugt die Eintragung den Rechtsschein, der sich nach Ablauf der Dreijahresfrist zur Rechtswirksamkeit verdichtet. Deshalb kann auch der nichtige Abberufungsbeschluß nicht nach § 196 Abs 2 AktG (jetzt § 242 Abs 2 AktG 1965) geheilt werden; denn der Abberufungsbeschluß ist nicht einzutragen, sondern nur zur Anmeldung der Änderung nach § 39 GmbHG bei Gericht einzureichen.³⁾

1) Hach.-Schmidt, § 45 Anm 15 b Ziffer 2.

2) Schilling in GroßK zum AktG 1937, § 196 Anm 4; Schlegelberger-Quasowsky, Anm 1; Herbig in JW 1937, 851.

3) Unbestritten; vgl. Bb-Hueck, GmbHG, § 39 Anm 3 und 4.

VII. Der fehlerhafte Abberufungsbeschluß
des Aufsichtsrats.

Auf den Aufsichtsrats-Beschluß finden die Vorschriften der §§ 195 ff AktG 1937 (jetzt § 241 ff AktG 1965) keine Anwendung. Eine Ausnahme bildet nur die Feststellung des Jahresabschlusses (§ 256 AktG). Ein Aufsichtsrats-Beschluß kann nur nach den allgemeinen Regeln (§ 134, § 138 BGB) nichtig sein. Dies gilt für den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft (herrschende Meinung)²⁾.

Im GmbH-Recht treten Scholz³⁾ und Hachenburg⁴⁾ aus praktischen Gründen dafür ein, daß die §§ 195 ff AktG 1937 (jetzt §§ 241 ff AktG 1965) entsprechend auf Aufsichtsratsbeschlüsse anzuwenden sind. Brodmann⁵⁾ und Hueck⁶⁾ verneinen die Anfechtbarkeit generell. Schmidt⁷⁾ läßt Anfechtbarkeit dann zu, wenn der Aufsichtsrat über Gegenstände beschließt, die ihm von der Gesellschafterversammlung übertragen wurden und der Gesellschafterbeschuß als solcher anfechtbar wäre.

Zu dieser Streitfrage ist zu sagen, daß das Aktienrecht keine Anfechtbarkeit fehlerhafter Aufsichtsrats-Beschlüsse kennt. Entsprechende Anregungen hat der Gesetzgeber auch bei der Aktienrechts-Reform von 1965 nicht aufgegriffen. Die im Regierungsentwurf geplante⁸⁾ Anfechtbarkeit des Jahresabschlusses ist nicht Gesetz geworden. Der Gesetzgeber hat sich jeder Regelung enthalten. Deshalb können auch die §§ 241 ff AktG¹⁹⁶⁵ auf fehler-

1) Schmidt in GroßK zum AktG 1937, § 195 Anm 5.

2) Vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Auffassungen bei Hach.-Schmidt, § 52 Anm 41.

3) Scholz, § 52 RdNr. 15.

4) Hachenburg, 5. Aufl., § 52 Anm 42.

5) Brodmann, GmbHG, § 52 Anm 2.

6) Bb-Hueck, Schlußanhang (BVG) zu § 92 AktG, Anm c (aa).

7) In Hach.-Schmidt, § 52 Anm 41; § 45 Anm 52.

8) Vgl. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 256 Anm 1.

hafte Aufsichtsrats-Beschlüsse keine Anwendung finden. Die von praktischen Überlegungen getragenen Erwägungen im Schrifttum finden im Gesetz keine Stütze.

H Die Abberufung durch einstweilige Verfügung.

Neben der Möglichkeit, die Abberufung durch Beschluß der Gesellschafterversammlung zu bewirken, ist heute allgemein anerkannt, daß in Sonderfällen die Abberufung auch durch einstweilige Verfügung erfolgen kann.¹⁾ Rechtsgrundlage einer derartigen einstweiligen Verfügung ist § 940 ZPO. Grundsätzlich hat aber das Gesetz die Abberufung des Geschäftsführers den Gesellschaftern übertragen. Die Gesellschafter sind zuständig, über die Abberufung zu entscheiden. So lange die Gesellschafter deshalb in der Lage sind, über die Abberufung Beschluß zu fassen, kommt das Verfahren der einstweiligen Verfügung nicht in Betracht, weil die GmbH aus ihrer eigenen Rechtsstellung heraus die Abberufung erklären kann,²⁾ die die Organstellung des Geschäftsführers endgültig beseitigt. Dann bedarf es keiner einstweiligen Verfügung. Es fehlt daher das Rechtsschutzbedürfnis.

§ 940 ZPO fordert als Voraussetzung der einstweiligen Verfügung die Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis. Aus dem Zweck der Regelung eines einstweiligen Zustandes folgt zunächst, daß eine Abberufung im Sinne des § 38 GmbHG mit der Wirkung der endgültigen Beendigung der Organstellung des Geschäftsführers durch einstweilige Verfügung nicht

1) OLG Dresden JW 1924, 1185, Nr. 18; OLG Hamburg, GmbHRdSch 1954, 188; Vogel, § 38 Anm 3; Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 2 b; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 18; BGHZ 33, 105 (110 ff) für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis beim OHG-Gesellschafter.

2) Bb-Lauterbach, § 940 Anm 2 ZPO; Wieczorek, ZPO, Bd. 4, Teil 2, § 940 Anm B I a.

möglich ist. Die einstweilige Verfügung beendet nicht die Organstellung. Das kann sie ihrem Wesen nach nicht, weil sonst eine endgültige Regelung vorweg genommen wäre. Die einstweilige Verfügung kann deshalb immer nur die Wirkung einer Suspension haben, nämlich das zeitlich beschränkte Verbot jeder Tätigkeit als Geschäftsführer.¹⁾ Eine Abberufung im Sinne des § 38 GmbHG kann die einstweilige Verfügung auch deshalb nicht beinhalten, weil die Beseitigung der Organstellung nicht erforderlich erscheint. Erforderlich ist nur die Maßnahme des Gerichts, die den Zustand bis zur Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung regeln kann. Die einstweilige Amtsenthebung mit dem zeitlich beschränkten Verbot jeder Tätigkeit als Geschäftsführer genügt in vollem Umfang zur Regelung des einstweiligen Zustandes. Der Geschäftsführer bleibt Organ der GmbH mit wegen § 37 GmbHG nach außen unbeschränkbarer Vertretungsmacht. Die Auffassung von Schmidt-Meyer-Landroth²⁾, eine Suspension habe die gleiche Folge wie § 75 Abs 3 Satz 4 AktG 1937³⁾ also der Beseitigung der Organstellung mit der Auswirkung, daß von Gesetzes wegen der Geschäftsführer wieder nach Beseitigung der Suspension Organstellung erhält, ist nicht haltbar. Das würde eine Abberufung unter einer auflösenden Bedingung bedeuten. Die Abberufung als Gestaltungsgeschäft ist aber bedingungsfeindlich. Deshalb beseitigt auch die Suspension die Organstellung nicht, enthält aber in gleicher Weise das Verbot an den Geschäftsführer, sich als Geschäftsführer zu betätigen. Der Begriff der vorläufigen Amtsenthebung durch einstweilige Verfügung ist insoweit auch nicht korrekt. Der Geschäftsführer wird nicht seiner Funktionen als Organ entkleidet, sondern die Ausübung dieser Funktionen

1) Zur Suspension vgl. Scholz-Hefermehl, GmbHG § 37 Anm 4; Bb-Hueck, GmbHG, § 35 Anm 1A.

2) In GroBK zum AktG 1937, § 75 Anm 15.

3) jetzt: § 84 Abs 3 Satz 4 AktG 1965

wird ihm untersagt. Die einstweilige Verfügung, die eine Amtsenthebung des Geschäftsführers enthält, ohne seine Organstellung zu berühren, greift deshalb auch nicht in die Willensbildung der GmbH ein. Die Willensbildung zur Abberufung obliegt allein den Gesellschaftern. Die einstweilige Verfügung regelt nur den Zustand bis zu dem Zeitpunkt, da die Gesellschafter über die Abberufung beschließen können. Diese Auffassung vertritt im Ergebnis wohl auch das OLG Dresden,¹⁾ wenn es die einstweilige Amtsenthebung des Geschäftsführers für zulässig erklärt.

Die Regelung des einstweiligen Zustandes muß weiterhin im Hinblick auf ein streitiges Rechtsverhältnis erfolgen. Als streitiges Rechtsverhältnis kommt der Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht in Betracht. Wie wir gesehen haben²⁾, findet in diesen Fällen der Rechtsgedanke aus § 84 Abs 3 Satz 4 AktG entsprechende Anwendung. Die Abberufung ist kraft Gesetzes wirksam, bis ihre Unwirksamkeit festgestellt ist. Der Geschäftsführer muß sich jeder Tätigkeit als Geschäftsführer enthalten, da seine Organstellung kraft gesetzlicher Fiktion als beendet gilt. Die Gegenmeinung, die diesen Rechtsgedanken des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG nicht für anwendbar hält, kann das gleiche Ergebnis nur durch einstweilige Verfügung erreichen, wenn und soweit der Geschäftsführer eine vorläufige Suspension nicht als wirksam anerkennt und sich jeder Tätigkeit als Geschäftsführer enthält. Wenn aber nach der hier vertretenen Auffassung der Streit um das Vorliegen eines wichtigen Grundes kein Fall zur Amtsenthebung durch einstweilige Verfügung ist, so ist zu fragen, ob überhaupt noch Fälle denkbar sind, in denen

1) OLG Dresden, JW 1924, 1185, Nr. 18.

2) Vgl. Abschnitt C III 3 weiter oben.

die Amtsenthebung durch einstweilige Verfügung erforderlich ist. Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen. Ein solcher Fall liegt vor allem dann vor, wenn eine Beschlußfassung der Gesellschafter tatsächlich nicht möglich ist, weil die Ladungsfrist gewahrt werden muß und der abzurufende Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer sofort abzuhaltenden Vollversammlung nicht einverstanden ist.

§ 940 ZPO stellt als weitere Voraussetzung das Erfordernis auf, daß die einstweilige Amtsenthebung nötig erscheint zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus sonstigen Gründen. Daraus ergibt sich die Einschränkung, daß eine einstweilige Amtsenthebung nach § 940 ZPO nur zulässig ist, wenn das Vorliegen eines wichtigen Grundes glaubhaft gemacht ist (§ 940, § 936 in Verbindung mit § 920 Abs 2 ZPO). Bei der Abberufung ohne wichtigen Grund drohen keine wesentlichen Nachteile, wie es etwa bei körperlicher oder geistiger Unfähigkeit zur Geschäftsführung der Fall ist. Unfähigkeit zur Geschäftsführung ist vom Gesetz aber ausdrücklich zum wichtigen Grund erklärt worden. Auch "sonstige Gründe im Sinne des § 940 ZPO" sind ohne wichtigen Grund nicht ersichtlich. Eine Amtsenthebung ohne Glaubhaftmachung eines wichtigen Grundes ist nicht nötig, weil es dann immer möglich erscheint, mit der Entscheidung darüber so lange zu warten, bis die Gesellschafterversammlung zur Beschlußfassung in der Lage ist. Unter diesen engen Voraussetzungen ist im Einzelfall eine Amtsenthebung des Geschäftsführers zulässig.

Antragsberechtigt sind grundsätzlich die Geschäftsführer in zur Vertretung berechtigter Anzahl; denn sie haben die GmbH gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Die Frage des Antragsrechts spitzt sich aber darauf zu, ob auch ausnahmsweise der einzelne Gesellschafter antragsberechtigt ist, wenn eine vertretungsberechtigte Geschäftsführung nicht mehr vorhanden oder gerade der allein vertretungsberechtigte Geschäftsführer seines Amtes enthoben werden soll.

Das Kammergericht hat in einer grundsätzlichen Entscheidung¹⁾ ein solches Antragsrecht des einzelnen Gesellschafters verneint. Es begründet seine Meinung mit dem Umkehrschluß aus den Bestimmungen der §§ 46-51 GmbHG, in denen ein solches Recht den einzelnen Gesellschaftern nicht eingeräumt wird. Den Hinweis, der Gesetzgeber habe eine dahingehende Bestimmung nur versehentlich übersehen, tut das Kammergericht mit dem Bemerken ab, der Gesetzgeber habe im Recht der oHG den parallel liegenden Fall ja auch nicht zu regeln vergessen (vgl. § 117 HGB), von einem versehentlichen Unterlassen könne deshalb nicht die Rede sein. Auch sei die Anerkennung des Antragsrechts eines einzelnen Gesellschafters deshalb gefährlich, weil der einzelne Gesellschafter auf keinen Fall allein einen neuen Geschäftsführer berufen könne, deshalb also ein Vakuum in der Geschäftsführung entstehen würde, welches der Gesellschaft noch viel größere Schäden bringen könnte als ein schlecht arbeitender Geschäftsführer.

1) KG, OLGR 24, 154 (155).

Hachenburg¹⁾ kommt zum gleichen Ergebnis wie das Kammergericht, wenn auch mit anderer Begründung. Er verweist darauf, daß der einzelne Gesellschafter in keiner direkten Rechtsbeziehung zu dem Geschäftsführer steht, daß er vielmehr nur über die Gesellschafterversammlung mit diesem in rechtliche Beziehungen tritt. Da kein direktes Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Gesellschafter und dem Geschäftsführer bestehe, könne der einzelne Gesellschafter auch nicht durch Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung direkt in die Geschäftsführungsfunktion des Geschäftsführers eingreifen.

Gegen diese Auffassung wendet sich das OLG Dresden²⁾, das ausführt, zumindest dann sei ein Antragsrecht des einzelnen Gesellschafters anzuerkennen, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden seien, von denen der eine gleichzeitig Geschäftsführer sei. Der Gesellschafter-Geschäftsführer könne dann nämlich durch sein Stimmrecht seine Abberufung hinauszögern oder gar verhindern. Um dem vorzubeugen, erkennt das OLG Dresden das Recht des nicht geschäftsführenden Gesellschafters an, eine einstweilige Verfügung zu erwirken.³⁾

Zu diesem Urteil nimmt Scholz⁴⁾ kritisch Stellung. Seiner Auffassung nach ist das Urteil durch die neueste Rechtsentwicklung überholt, da die Voraussetzungen, von denen das OLG in seiner Entscheidung ausging, sich geändert haben.

1) Hachenburg, 5. Aufl., § 38 Anm 3.

2) OLG Dresden, JW 24, 1185, Nr. 18.

3) Im Ergebnis zustimmend: Friedländer in einer Anmerkung zu OLG Dresden, a.a.O.

4) Scholz, § 33 Anm 18; ebenso jetzt Hefermehl in Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 18.

Es sei heute anerkannt, daß beim Vorliegen eines wichtigen Grundes der Gesellschafter-Geschäftsführer kein Stimmrecht habe, er seine Abberufung auch deshalb nicht verhindern könne.

Die Auffassung von Scholz und Hefermehl ist sicher richtig. Das Urteil des OLG Dresden ist insoweit überholt, als es eine einstweilige Verfügung für zulässig erklärt, weil eine Abberufung aus wichtigem Grund gegen die Stimmen des abzubrufenden Gesellschafters nicht möglich wäre. Wie wir oben¹⁾ gesehen haben, hat der Gesellschafter bei seiner eigenen Abberufung aus wichtigem Grund kein Stimmrecht. Das gilt auch ohne Unterschied für die zweigliedrige GmbH.²⁾ Auch bei der zweigliedrigen GmbH muß der wichtige Grund als Lösungsgrund ohne Einschränkung zur Beendigung der Organstellung führen, zumal der abberufene Gesellschafter jederzeit die Möglichkeit hat, das Vorliegen eines wichtigen Grundes durch das Gericht überprüfen zu lassen. Trotzdem wird man grundsätzlich mit dem Kammergericht daran festhalten müssen, daß der Antrag von allen übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich gestellt werden muß. Dem entspricht auch die Meinung des OLG Dresden für den Sonderfall der zweigliedrigen Gesellschaft. Hier gibt es nur noch einen Gesellschafter, der deshalb auch das Antragsrecht hat. Das Erfordernis der Antragstellung aller übrigen Gesellschafter ist vor allem deshalb gerechtfertigt, weil nur die Antragstellung aller eine Gewähr dafür bietet, daß die künftig zu fällende Mehrheitsentscheidung über die Abberufung entsprechend der einstweiligen Regelung erfolgt.

1) Siehe oben Abschnitt F II 5.

2) OLG Hamburg, GmbHRdSch 54, 188; Scholz - Hefermehl, § 38 Anm 17; soweit ersichtlich unbestritten.

Ein Antrag auf einstweilige Regelung durch vorläufige Amtsenthebung ist unbegründet, wenn der Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht wird. Ein Verfügungsgrund ist aber nicht glaubhaft gemacht, wenn nur ein Gesellschafter oder einzelne den Antrag stellen; denn die GmbH hat den Verfügungsgrund glaubhaft zu machen. Die GmbH ist aber nicht der einzige oder einzelne Antragsteller, sondern die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Der abzu berufende Gesellschafter-Geschäftsführer muß und darf bei der Antragstellung nicht mitwirken, ebenso wie er bei der Beschlußfassung kein Stimmrecht hat, weil es sich hier immer um eine Maßnahme aus wichtigem Grund handelt. Von dem Erfordernis der Antragstellung aller übrigen Gesellschafter wird man aber dann absehen müssen, wenn eine Mitwirkung tatsächlich nicht möglich ist, weil z.B. einzelne Gesellschafter unbekannten Aufenthalts sind, sich z.B. auf einer Urlaubsreise im Ausland befinden. Hier genügt eine Antragstellung der restlichen Gesellschafter zur Glaubhaftmachung für die GmbH.

3. Hauptteil.

Die Rechtslage nach Wirksamwerden der Abberufung durch Beschluß.

J Die Rechtsposition des Geschäftsführers.

Wie wir im vorhergehenden Kapitel gesehen haben, beendet die vorläufige Amtsenthebung durch einstweilige Verfügung nicht die Organstellung. Sie hat lediglich die Wirkung einer Suspension. Sie gebietet dem auf diese Weise seines "Amtes" enthobenen Geschäftsführer, sich jeder Tätigkeit für die GmbH zu enthalten (§§ 940, 938 ZPO). Sie ist deshalb der Abberufung des Geschäftsführers nicht gleichzustellen. Ihre Wirkung ergibt sich allein aus dem Zweck: Suspension des Geschäftsführers. Sie führt nicht zur Beendigung der Organstellung und kann auch dazu nicht führen, weil sonst eine endgültige Regelung vorweggenommen wäre. Auch ist die Beendigung der Organstellung zur Regelung des einstweiligen Zustandes nicht erforderlich, weil die vorläufige Amtsenthebung dem Interesse der GmbH bis zu dem Zeitpunkt genügt, da sie selbst wirksam darüber entscheiden kann. Die vorläufige Amtsenthebung durch einstweilige Verfügung hat deshalb bei den folgenden Ausführungen außer Betracht zu bleiben.

I. Die Wirkungen der wirksamen Abberufung.

Wenn von den Wirkungen der Abberufung die Rede ist, besteht Übereinstimmung darüber, daß mit der Abberufung die Organstellung des Geschäftsführers endet. Der abberufene Geschäftsführer verliert die organ-schaftliche Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis und, wie das Gesetz sagt, "unbeschadet der

Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen" bei freier Widerruflichkeit. Daran knüpft die Lehre Schillings vom einheitlichen Geschäftsführervertrag an, der einheitlich durch die Abberufungs-erklärung endet, auch soweit er eine schuldrechtliche Dienstverpflichtung des Geschäftsführers enthalte, so daß der Geschäftsführer nur Entschädigungsansprüche gegen die GmbH geltend machen könne, während nach der wohl herrschenden Lehre die Abberufung nur die Organstellung beendet. Der unabhängig davon bestehende Anstellungsvertrag ende nach den für ihn geltenden allgemeinen Grundsätzen, je nachdem es sich um einen Dienstvertrag oder um einen Auftrag handle. Da in der Mehrzahl der Fälle wohl ein Dienstvertrag vorliegen dürfte, bedeutet dies, daß der Geschäftsführer im Regelfall die Erfüllungsansprüche aus dem Anstellungsvertrag besitzt und keine "Entschädigungsansprüche", wie das Gesetz sich ausdrückt. Eine Stellungnahme zu diesem Streit, die bisher nicht erfolgt war, ist im folgenden unumgänglich.

1. Der Streit um den einheitlichen Geschäftsführervertrag.

Schilling¹⁾ begründet seine Lehre vom einheitlichen Geschäftsführervertrag damit, daß nur sie der Einheit von Vertretung und Geschäftsführung gerecht würde. So wie beide dieselbe Tätigkeit darstellten, jene in ihrer Wirkung nach außen, diese nach innen, so werde auch die Vertretung und die Geschäftsführung nach innen durch ein Rechtsgeschäft übertragen.

1) Hach.-Schilling, § 35 Anm 40, 44; § 38, Einleitung.

Eine grundsätzliche Trennung zwischen gesellschaftsrechtlicher und privatrechtlicher Stellung des Geschäftsführers sei nicht möglich, da Aufgaben- und Tätigkeitsgebiet beider Stellungen derart ineinandergriffen, daß die eine nicht ohne die andere ausgeübt werden könne. Ähnliche Gedankengänge finden sich bereits bei Brodmann¹⁾, wenn er ausführt, § 38 GmbHG gewähre kein Widerrufsrecht unbeschadet des Anspruchs des Geschäftsführers auf Gegenleistung. Liebmann²⁾ und Liebmann-Saenger³⁾ sprechen von Bestellungsvertrag, da die Bestellung zu ihrer Wirksamkeit der Annahme bedürfe.

Für das Aktienrecht wendet sich vor allem von Godin⁴⁾ gegen die Unterscheidung von Anstellung und Bestellung. Die Bestellung des Vorstands der AG sei sicher ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, weil niemand gegen seinen Willen durch einseitigen Akt mit der strengen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Haftung belastet werden könne. Wenn man den nebenher laufenden bürgerlichrechtlichen Dienstvertrag wegen der darin enthaltenen Zustimmung zur Bestellung als unerlässlich voraussetze, so beweise dies eben, daß die Bestellung nicht einseitig und vom Vertrag nicht zu trennen sei. Auch sei nicht ersichtlich, welchen Inhalt ein nach erfolgtem Widerruf bestehen bleibender Dienstvertrag haben sollte. Andere als Vorstandspflichten und Vorstandsrechte habe das Vorstandsmitglied nicht. Die Annahme zweier selbständiger Verträge, des Bestellungsvertrags und des Anstellungsvertrages, sei doch wohl zu gekünstelt. Deshalb sei die Bestellung ein eigener körperschaftsrechtlicher Vertrag, der auch dienstvertragliche Elemente

1) Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 1 a.

2) Liebmann, § 6 Anm 4.

3) Liebmann-Saenger, § 6 Anm 4.

4) von Godin, "Über die Natur des Vorstandsvertrages" in Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Ak. Zeitschrift) 1938, 596 ff; Godin-Wilhelmi, AktG 1937, § 75 Anm 2 und 7.

enthalte, auf den die Vorschriften des BGB wegen der Rechtsähnlichkeit entsprechend zur Anwendung kämen. Hefermehl¹⁾ hält im Anschluß daran die Annahme eines einheitlichen Körperschaftsrechtlichen Bestellungsvertrages für vertretbar, wenn im Bestellungsbeschluß auch die Nebenvereinbarungen dienstrechtlicher Art festgelegt würden. Nach Wieland²⁾ wird die Ermächtigung zur Vertretung nach außen durch einseitige Bestellung übertragen. Nur insoweit sei eine Unterscheidung von Bestellung und Anstellung gerechtfertigt. Im übrigen seien beide Akte untrennbar verbunden. Nach Ritter³⁾ handelt es sich dabei um einen Körperschaftsrechtlichen Vertrag.

Dagegen unterscheidet die herrschende Lehre⁴⁾, angeführt von der Rechtsprechung⁵⁾, streng zwischen Bestellung und Anstellung. Das RG versuchte, soweit die Abberufung auf § 38 Abs 1 GmbHG gestützt wurde, das Fortbestehen des inneren Rechtsverhältnisses mit der Überlegung zu begründen, daß in § 38 Abs 1 Satz 2 GmbHG dem abberufenen Geschäftsführer etwaige Entschädigungsansprüche ausdrücklich vorbehalten würden, solche Ansprüche aber nur dann gerechtfertigt seien,

1) Hefermehl, "Zur Höchstdauer der Vorstandsverträge bei Aktiengesellschaften" in DJ 1942, 619 ff.

2) Wieland II, S 123.

3) Ritter, AktG 1937, § 75 Anm 2 b.

4) Enneccerus-Nipperdey, 109 VI; Staudinger-Coing, § 27 Anm 12; Feine, a.a.O., S. 470; Bb-Hueck, GmbHG, Anhang zu § 35 Anm 1; Hachenburg, 5. Aufl., § 35 Anm 40; Scholz-Hefermehl, § 35 Anm 10; für das Aktienrecht: Schilling in GroBK zum AktG 1937, § 75 Anm 1; Bb-Hueck, AktG 1937, § 75 Anm 1; Schlegelberger-Qua., AktG 1937, § 75 Anm 2; Teichmann-Köhler, AktG 1937, § 70 Anm 5 d; § 75 Anm 1; W. Schmidt in Anmerkung zum BGH-Urteil vom 11.7.51 in JZ 1951, 689.
5) RGZ 7, 77; 22, 35 (37); RG, JW 1901, 542, Nr. 11; 1918, 1403, Nr. 17; BGHZ 3, 90 (93); noch nicht abschließend; BGH, NJW 58, 945, Nr. 2 ausdrücklich für die GmbH; BGH, LM Nr. 5 zu § 75 AktG 1937.

wenn man das Weiterbestehen des inneren Rechtsverhältnisses annähme. Die GmbH habe sehr wohl ein weiteres Interesse an der Verwendung des Geschäftsführers in einer anderen Funktion, etwa dann, wenn dieser nur abberufen wurde, weil die GmbH die Geschäftsführung, die bisher mehrere Geschäftsführer gemeinsam ausübten, einer Person allein anvertrauen will. Der BGH lehnt die Auffassung Schillings ausdrücklich als unrichtig ab. Der Anstellungsvertrag könne geändert werden, ohne daß die Organstellung dadurch berührt werde. Gegen Schilling und von Godin wendet Schmidt¹⁾ ein, daß die positive gesetzliche Regelung jedenfalls nicht für das AktG gelte, das in § 75 Abs 3 Satz 4 AktG 1937 (jetzt § 84 Abs 3 Satz 4 AktG 1965) ausdrücklich die Trennung von Anstellung und Bestellung übernommen habe, wie auch Schilling zugesteht. Im übrigen habe sich diese Unterscheidung in der Praxis eingebürgert und bewährt.

Hueck²⁾ wendet gegen Schilling ein, daß die Argumentation von der Einheit von Geschäftsführung und Vertretung, bezogen auf eine Einheit des Geschäftsführervertrages, keineswegs zwingend sei. Es gebe Akte der Geschäftsführung, die eben keine Vertretung seien wie z.B. die Buchführung. Wenn schon das Prinzip von der Einheit von Geschäftsführung und Vertretung nicht zwingend gelte, so könne daraus auch nicht zwingend auf die Einheitlichkeit des Geschäftsführervertrages geschlossen werden.

Es ist wohl unbestreitbar, daß das Gesetz in § 75 Abs 3 Satz 4 AktG 1937 (jetzt § 84 Abs 3 Satz 4 AktG 1965) die von der Rechtsprechung entwickelte Unterscheidung zwischen Bestellung und Anstellung

1) Schmidt in GroBK zum AktG 1937, a.a.O.

2) Hueck in NJW 1957, 862 in einer Besprechung des Kommentars von Mach.-Schilling.

übernommen hat, zumal § 231 Abs 3 HGB ausdrücklich den Anspruch auf vertragsgemäße Vergütung vorbehalten hatte. Für das Aktienrecht ist entsprechend dem gesetzlichen Wortlaut grundsätzlich an der Unterscheidung von Bestellung und Anstellung festzuhalten. Für eine Auslegung contra legem, wie sie z.B. beim nicht rechtsfähigen Verein durch entsprechende Anwendung der Vorschriften des rechtsfähigen Vereins entgegen der Verweisung in § 54 BGB auf die Vorschriften der BGB-Gesellschaft erfolgte, lassen sich aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung keine Anhaltspunkte finden. Auch die Unterscheidung von Bestellung und Anstellung führt durchaus zu befriedigenden Ergebnissen. Man kann dagegen auch nicht einwenden, daß Bestellung und Anstellung vom Geschäftsverkehr als Einheit gesehen und aufgefaßt würden; derartige Fälle gibt es mehrfach im Recht. Es sei nur auf den Kauf hingewiesen, der nach landläufiger Auffassung auch die Ubereignung enthält, während juristisch drei Verträge vorliegen: Kauf-, Ubereignung der Ware und Ubereignung des Geldes. Deshalb kann auch aus dem Erfordernis der Annahme der Bestellung oder der Zustimmung zur Bestellung nichts gegen diese Unterscheidung gefolgert werden. Auch der weitere Einwand von Godin, welchen Inhalt der bestehende Anstellungsvertrag nach erfolgter Abberufung haben solle, greift nicht durch. Nach dem Anstellungsvertrag bleibt das abberufene Vorstandsmitglied zur Erfüllung seiner Pflichten als Vorstand verpflichtet. Diese Pflichten kann er aber nicht mehr erfüllen, weil ihm die Abberufung die Möglichkeit zur Erfüllung seiner Dienstpflichten genommen hat.

Warum dieser Vertrag keinen Inhalt mehr haben soll, weil eine subjektive Unmöglichkeit zur Leistung dieser Dienste eingetreten ist - jedes andere Vorstandsmitglied könnte diese Dienste leisten - ist nicht ganz verständlich, nachdem das Gesetz grundsätzlich Verträge als wirksam anerkennt, die auf subjektiv unmögliche Leistungen gerichtet sind. Auch der Inhalt der Leistung ist genau bestimmt. Die AG kommt vielmehr in Annahmeverzug.¹⁾ Der Vorstand behält deshalb seinen Gehaltsanspruch.²⁾

Wegen der gleichartigen Sach- und Rechtslage bei der Abberufung des Geschäftsführers der GmbH ist die abweichende Lehre Schillings vom einheitlichen Geschäftsführervertrag wohl kaum haltbar. Selbst wenn man mit Recht von der Einheit von Geschäftsführung und Vertretung ausgeht, die nur zwei verschiedene Aspekte der organschaftlichen Handlungsbefugnis des Geschäftsführers darstellen, so folgt daraus keineswegs zwingend, daß Geschäftsführung und Vertretung auch nur durch einen einheitlichen Geschäftsführervertrag verliehen werden könnten. Man kann sehr wohl in der Bestellung die Übertragung der organschaftlichen Handlungsmacht sehen, die als solche für sich wieder zur organschaftlichen Tätigkeit verpflichtet und berechtigt, weil dem Geschäftsführer die scharfe zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung nicht gegen seinen Willen aufgedrängt werden kann. Die Zustimmung zur Bestellung macht den Geschäftsführer zum Organ. Eine Pflicht und ein Recht zum Tätigwerden als Organ der GmbH wird dadurch nur begründet, soweit das Gesetz selbst dem Geschäftsführer zwingend im öffentlichen Interesse eine Pflicht auferlegt.

1) So richtig Schmidt-Meyer-Landroth in GroßK zum AktG 1937, § 75 Anm 16.

2) § 84 Abs 3 Satz 5 AktG in Verbindung mit § 615 BGB.

Weitergehende Dienstpflichten überträgt die Organstellung als solche nicht. Sie können nur durch besondere Vereinbarung auferlegt werden.

Man könnte die Vorschrift des § 38 Abs 1 GmbHG allerdings auch als eine Ausnahmeregelung zu den §§ 620 ff BGB ¹⁾ betrachten; denn auch der einheitliche Geschäftsführervertrag enthält schuldrechtliche, dienstvertragliche Elemente (soweit eine Vergütung vereinbart wurde), auf die die §§ 620 ff BGB entsprechend anwendbar wären. Die vorzeitige Abberufung des Geschäftsführers wäre eine positive Vertragsverletzung, die zum Schadensersatz verpflichten würde. Nach den §§ 249 ff BGB wäre also der Geschäftsführer so zu stellen, als hätte die GmbH fristgemäß die Abberufung erklärt. Wenn man den § 38 Abs 1 GmbHG so auslegt, ist das Argument des RG unzutreffend, daß gerade keine Entschädigungsansprüche bestehen blieben, wenn die Abberufung den einheitlichen Geschäftsführungsvertrag und damit gleichzeitig mit der Organstellung auch die enthaltenen Dienstpflichten beende. Von der gesetzlichen Regelung her lassen sich beide Auslegungen aufrecht erhalten und vertreten. Gegen Schilling spricht, daß die bisherige herrschende Auslegung Anstellung und Bestellung unterschied, so daß sogar der Gesetzgeber diese Unterscheidung in § 84 Abs 3 AktG übernahm und für die entsprechende Sach- und Rechtslage der Auslegung der Rechtsprechung folgte. Für Schilling spricht es, daß dadurch auch ein unbefriedigendes Ergebnis der Trennung von Bestellung und Anstellung vermieden wird, daß nämlich die Geschäfts-

1) So offenbar Hach.-Schilling, § 38 Anm 4 und 5.

Die Abberufung ohne wichtigen Grund beendet deshalb im Regelfall bei unentgeltlicher Dienstverpflichtung auch das Anstellungsverhältnis, es sei denn, im Anstellungsvertrag wurde vereinbart, daß bei der Abberufung des Geschäftsführers dieser zur weiteren Dienstleistung für die GmbH als leitender Angestellter verpflichtet sei oder wenn die GmbH bei der Abberufung nur die Organstellung beenden will und der Geschäftsführer mit der inhaltlichen Änderung seiner Dienstverpflichtung zur künftigen Dienstleistung als leitender Angestellter einverstanden ist. Bei entgeltlicher Dienstverpflichtung kann die Abberufung ohne wichtigen Grund das Anstellungsverhältnis nicht mit sofortiger Wirkung beenden. Der Dienstvertrag oder die Sonderpflicht zur Geschäftsführung bestehen fort. Es ist deshalb immer zu prüfen, ob die Abberufung eine Kündigung des Anstellungsverhältnisses beinhaltet. Für die Kündigungsfristen gelten dabei die §§ 620 ff BGB¹⁾.

Anders ist grundsätzlich zu entscheiden bei der Abberufung aus wichtigem Grund. Auch der Dienstvertrag kann aus wichtigem Grund jederzeit beendet werden (§ 626 BGB). Wenn ein wichtiger Grund zur Abberufung vorliegt, ist grundsätzlich auch ein wichtiger Grund zur Kündigung gegeben. Ein wichtiger Grund zur Abberufung muß aber nicht notwendig auch ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrages sein.²⁾ Wenn aber der wichtige Grund zur Abberufung auch zur fristlosen Kündigung berechtigt, wird man in der Regel davon ausgehen können, daß die Abberufung stillschweigend auch eine fristlose Kündigung enthält.

1) Unbestritten, vgl. Kunkel, a.a.O., S. 896, soweit die Lehre Bestellung und Anstellung unterscheidet.

2) BGH, LM § 75 AktG 1937, Nr. 5; ebenso Schmidt-Meyer-Landroth in GroßK zum AktG 1937, § 75 Anm 16 mit weiteren Nachweisen.

Es kommt aber auch hier darauf an, ob die GmbH nicht aus dem Dienstvertrag zur Weiterbeschäftigung des Geschäftsführers als leitender Angestellter verpflichtet ist und ob die GmbH auf die fristlose Kündigung des Dienstvertrages verzichtet, weil sie an einer Weiterbeschäftigung interessiert ist und den Geschäftsführer auch weiter beschäftigt, wenn er damit einverstanden ist. Verpflichtet dazu ist er aufgrund des Dienstvertrages nicht, wie wir oben gesehen haben. Wenn aber im Einzelfall der wichtige Grund der Abberufung nicht gleichzeitig zur fristlosen Kündigung berechtigt, besteht der Dienstvertrag fort und kann nur unter Einhaltung der Kündigungsfristen, wie bei Abberufung ohne wichtigen Grund, beendet werden.

3. Die Beendigung des inneren Rechtsverhältnisses, wenn man annimmt, daß die Dienstverpflichtung des Geschäftsführers nur ein unselbständiger Teil des Geschäftsführervertrages ist.

Der vorherige Abschnitt hat gezeigt, daß Bestellung und Anstellung bei der Beendigung der Organstellung verschiedene Voraussetzungen haben. Die Bestellung endet durch Abberufung, der Dienstvertrag durch Kündigung oder Widerruf des Auftrags. Wenn eine Abberufung erfolgte, ist deshalb immer zu prüfen, ob damit auch das Anstellungsverhältnis beendet wurde und nach den dafür geltenden Vorschriften auch beendet werden konnte.

Die Lehre vom einheitlichen Geschäftsführervertrag kennt diese Unterscheidung nicht. Die Abberufung beendet immer den gesamten Vertrag, gleichgültig ob sie aus wichtigem Grund oder ohne wichtigen Grund erklärt wurde, wenn sie nur wirksam ist. Da aber der Geschäftsführervertrag auch schuldrechtliche Elemente des Auftrags-

und Dienstvertrages enthält, könnte der Geschäftsführervertrag wegen der entsprechenden Anwendbarkeit dieser Vorschriften nur unter Einhaltung der in §§ 620 ff BGB festgesetzten Kündigungsfristen beendet werden, wenn § 38 Abs 1 GmbHG nicht eine Sonderregelung enthielte. Die vorzeitige Beendigung ist zulässig. Sie verpflichtet aber zum Ersatz des Schadens wegen positiver Vertragsverletzung. Auch hier ist eine Weiterbeschäftigung des Geschäftsführers als leitender Angestellter zulässig, wenn es von Anfang an im Geschäftsführervertrag vereinbart wurde oder wenn der Geschäftsführer mit einem derartigen Angebot der GmbH einverstanden ist. Ein Unterschied besteht aber darin, daß der wichtige Grund den Geschäftsführer-Entschädigungsanspruch behält, wenn dieser Grund nicht zur fristlosen Kündigung nach § 626 BGB ausreichen würde; denn zur Beendigung des einheitlichen Geschäftsführervertrages reicht der wichtige Grund jedenfalls aus.

II. Die Problematik des Kündigungsschutzes für den Geschäftsführer.

Umstritten war früher, ob der Geschäftsführer im Falle der Kündigung den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes vom 9.7.1926 genießt. Das Reichsarbeitsgericht¹⁾ hat dazu ausgeführt, daß das Kündigungsschutzgesetz auch zu Gunsten des Geschäftsführers einer GmbH anzuwenden sei.

1) RAGE 7, 156 (159).

Es begründet seine Meinung damit daß der Geschäftsführer auch Angestellter im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes sei. Dies deshalb, weil nach ausdrücklicher Bestimmung des Kündigungsschutzgesetzes (§ 1 KündSchG) der Angestelltenbegriff aus dem Angestelltenversicherungsgesetz übernommen werden müsse. § 1 Nr.1 des Angestelltenversicherungsgesetzes bestimme aber, daß auch "Angestellte in leitender Stellung" der Angestelltenversicherungspflicht unterliegen. Nach dem RAG ist auch der GmbH-Geschäftsführer Angestellter in leitender Stellung; denn der Geschäftsführer übe "eine in der Hauptsache vom eigenen Entschluß und selbständigen Urteil abhängende leitende Tätigkeit" aus. Der Geschäftsführer sei deshalb Angestellter sowohl im Sinne des Angestelltenversicherungsgesetzes, wie auch im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes. Dieser Auffassung haben sich das RG¹⁾ und ein Teil des Schrifttums²⁾ angeschlossen.

Der BGH³⁾ hat in einer grundsätzlichen Entscheidung zum KündSchG vom 9.7.26 diese Auffassung revidiert. Der Begriff des leitenden Angestellten sei nicht einheitlich. Er werde von Gesetzes wegen (§ 1 Abs 1 Nr.1 AVG, § 80 Abs 1 Ziff 2 AktG; § 4 Abs 2 c BVG; § 12 KündSchG vom 10.8.51) mit verschiedenem Sinngehalt verwendet und sei für jede der genannten Bestimmungen umstritten.

1) RG, HRR 1935, Nr. 1475

2) Scholz, 2./3. Aufl, § 35 Anm 15; Palandt, Vorbemerkung zu § 26 BGB, Anm 3 d.

3) BGHZ 12, 1 ff (5) = NJW 54, 105 ff; diese Entscheidung erging im Hinblick auf den Vorstand der AG.

Da ein feststehender Angestelltenbegriff im gesamten Arbeitsrecht fehle, könne die Verweisung auf das AVG nur bedeuten, daß die dort vorgenommene Aufzählung von Angestelltenkategorien zugrunde zu legen sei, nicht aber, daß Kündigungsschutz nur im Falle eines versicherungspflichtigen Angestelltenverhältnisses zu gewähren sei. Zumindest der Vorstand der AG sei kein Angestellter im arbeitsrechtlichen Sinne; denn die Tätigkeit des Vorstandsmitgliedes beruht zwar auf einem Anstellungsvertrag, jedoch sei die Stellung weitgehend unabhängig. Er unterliege keinem Weisungsrecht, handle unter eigener Verantwortung und werde auch im neueren arbeitsrechtlichen Gesetz nicht als Arbeitnehmer behandelt (§§ 5 Abs 1, 22 Abs 2 Ziff 1 ArbGG; § 4 Abs 2 a BVG; § 12 Ziff a AKSchG; § 1 Abs 2 Ziff 1 AZO; § 5 Abs 2 b SchwBeG). Das Angestelltenkündigungsgesetz gelte deshalb grundsätzlich nicht für den Vorstand der AG.

Diese Ausführungen des BGH gelten auch für den Geschäftsführer der GmbH, wenn auch vielleicht nur unter gewissen Einschränkungen, weil der Geschäftsführer in der Regel viel eher weisungsgebunden ist und seine Stellung bei weitem nicht den Grad der Unabhängigkeit erreicht, wie die Stellung des Vorstandes. Aber wie schon die grundsätzlichen Ausführungen des BGH zeigen, sind dabei zwei Fragen zu unterscheiden:

Zunächst ist zu klären, ob der Geschäftsführer Angestellter i.S. des § 1 AKSschG vom 9.7.1926 ist. Als solcher wäre er Angestellter i.S. des AVG auch dann, wenn er im konkreten Einzelfall nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen würde. Weiter ist zu untersuchen, ob der Geschäftsführer als Organ der GmbH Angestellter i.S. des AVG ist. Ist dies zu verneinen, schließt sich die Frage an, ob er dann Angestellter i.S. des AKSschG ist.

Eine Frage kann aber vorweg erörtert werden. Das allgemeine Kündigungsschutzgesetz vom 10.5.1951 hat das AKSschG nicht außer Kraft gesetzt. ¹⁾ Die Schutzbestimmungen zu Gunsten besonderer Gruppen von Arbeitnehmern wurden vom allgemeinen Kündigungsschutzgesetz nicht berührt. Das ist einhellige Auffassung. Wenn es anders wäre, wäre eine Diskussion darüber ob der Geschäftsführer unter das AKSschG fällt, überflüssig, da das AKSschG den Geschäftsführer ausdrücklich ausschließt (§ 12 KSschG vom 10.8.1951). Auch die neue Regelung der Angestelltenversicherung hat an der Problematik nichts geändert. An die Stelle des § 1 AVG sind heute die §§ 2 und 3 des AngVNG ²⁾ getreten.

1) Hueck KSschG Einleitung S.25 i.V. mit S.16; unbestritten.

2) AngVNG vom 23.2.1967, in Kraft gesetzt seit 1.3.1957 (BGBL I S.88).

Das Reichsversicherungsamt vertrat immer die Auffassung, daß die Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH an sich immer Angestellten-tätigkeit im Sinne des § 1 Abs 1 Nr.1 AVG¹⁾ sei,²⁾ wenn diese Tätigkeit aufgrund eines Dienstverhältnisses entgeltlich ausgeübt werde. Das gelte grundsätzlich auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer, es sei denn, er habe auf die Willensbildung der GmbH aufgrund der Kapitalbeteiligung³⁾ einen entscheidenden Einfluß. Das folge aus der Rechtsfigur der juristischen Person, der die Gesellschafter als Berechtigte und Verpflichtete gegenüberständen und die selbst im Rechtsverkehr als Rechtssubjekt aufträte. Daraus folge auch, daß selbst bei der Einmann-GmbH die juristische Person Arbeitgeber sei und nicht die daran Beteiligten. Die Versicherungspflicht setze aber weiter voraus, daß die Beschäftigung in einem wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeitsverhältnis erfolge, daß der Geschäftsführer also keinen maßgebenden Einfluß auf die Willensbildung der GmbH habe; denn dann fehle es an einem derartigen Abhängigkeitsverhältnis. Primär sei aber immer die Frage zu klären, ob die Tätigkeit aufgrund eines entgeltlichen Dienstvertrages ausgeübt werde. Dienstverpflichtung durch Gesellschaftsvertrag schließe die Versicherungspflicht grundsätzlich aus, wenn diese Verpflichtung als echte gesellschaftsrechtliche Pflicht auferlegt werde.

1) Jetzt § 3 Abs 1 Nr.1 AngVNG

2) AN 1916, 29; 1931 IV, 201; 1932 IV, 430; 1936 IV, 130; 1936 IV, 217; 1938 IV, 384.

3) Gemeint ist wohl das Stimmrecht.

Gegen diese Auffassung wendet sich Dersch.¹⁾ Es sei nicht haltbar, ein abhängiges Arbeitsverhältnis nur dann für unmöglich zu halten, wenn der Geschäftsführer als Organ kraft der Kapitalbeteiligung mindestens 50 % des Stimmengewichts in sich vereinige. Sein Wille sei in jedem Fall ein Stück der Willensbildung der GmbH. Dadurch sei er eingegliedert in die Arbeitgeberfunktion. Das schließe generell ein Abhängigkeitsverhältnis aus. Die gegenteilige Rechtsprechung des RVA sei zwar rechnerisch richtig, werde aber der Prinzipalstellung des Geschäftsführers nicht gerecht.²⁾

Das RVA verneinte die Versicherungspflicht, wenn die Dienstverpflichtung auf Gesellschaftsrecht beruhte, auf der Sonderpflicht oder dem Sonderrecht zur Geschäftsführung - das letztere auch die Sonderpflicht umfassend -, weil § 1 Abs 3 AVG ausdrücklich ein arbeitsrechtliches Dienstverhältnis voraussetzt. Das gilt ohne Einschränkung auch für § 2 AngVNG, der als Grundsatz der Versicherungspflicht die Dienstleistung als Angestellter gegen Entgelt voraussetzt. Deshalb ist die Angestelltenversicherungspflicht auch heute noch für diesen Personenkreis zu verneinen. Es fehlt an einem arbeitsrechtlichen Dienstverhältnis.

1) Dersch, Prof.Dr. "Die Rechtsstellung von Organmitgliedern juristischer Personen und Gesellschaften im Arbeitsrecht und in der Sozialversicherung" in RdA 51, 213 ff.

2) Dersch, a.a.O., untersucht im folgenden insbesondere die Rechtsstellung des Vorstandes der AG, wo von einem Versicherungsrecht der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats wohl nicht die Rede sein kann. Die nur mittelbare Abhängigkeit, daß die Hauptversammlung den Aufsichtsrat bestellt und der Aufsichtsrat aus wichtigem Grunde abberufen könne, sei sehr gering. Entscheidend sei, wer in bezug auf Arbeitsverträge das Weisungsrecht besitze. Das sei allein der Vorstand. Er sei deshalb funktionsmäßig nicht Arbeitnehmer, sondern Prinzipal.

Wie aber diese grundsätzlichen Ausführungen zeigen, kommt es auch für den Angestelltenbegriff im Sinne des AVG, jetzt AngVNG, darauf an, ob ein arbeitsrechtliches Dienstverhältnis vorliegt oder nicht. Der BGH hat aber recht, wenn er ausführt, daß für die Angestelltenversicherung die Abgrenzung des Angestelltenbegriffs nach versorgungsrechtlichen Gesichtspunkten vorzunehmen ist. So ist bei Sonderrecht und Sonderpflicht zur Geschäftsführung die Versicherungspflicht vor allem deshalb zu verneinen, weil das Gesetz in diesem Fall die Möglichkeit der eigenen ausreichenden Daseinsvorsorge bejaht und deshalb die Einbeziehung in die Pflichtversicherung verneint. Die kollektive Daseinsvorsorge solle nur dann eingreifen, wenn sonst die Möglichkeit zur Selbstvorsorge zweifelhaft erscheint und deshalb dieser Personenkreis bei Verlust der Arbeitsfähigkeit der Gemeinschaft zur Last fallen würde. Das aber ist beim sonderverpflichteten oder sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH grundsätzlich zu verneinen.

Mit dem RVA wird man aber auch die Angestelltenversicherungspflicht dann verneinen müssen, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund seines Stimmrechts einen bestimmenden Einfluß auf die Willensbildung der GmbH hat. In diesen Fällen kann die GmbH ein eventuelles Weisungsrecht nicht gegen die Stimmen des Gesellschafter-Geschäftsführers ausüben. Eine weisungsgebundene Tätigkeit, eine vom Willen der GmbH abhängige Dienstleistung ist aus tatsächlichen Gründen zu verneinen. Die Fragestellung engt sich somit ein auf die Fälle des Drittgeschäftsführers und des Gesellschafter-Geschäftsführers mit weniger als 50 % der Stimmen.

In der Literatur zum Arbeitsrecht bejahen Molitor¹⁾, Sitzler-Goldschmidt²⁾, Anthes³⁾ und Goldschmidt⁴⁾ die Anwendbarkeit des AKSchG in Anlehnung an die Rechtsprechung des RAG ohne eigene Stellungnahme. Das gleiche gilt für Hueck.⁵⁾ Mit der Frage aber, ob auch in diesen Fällen, in denen das RVA die Angestelltenversicherungspflicht des Geschäftsführers bejahte, ein arbeitsrechtliches Dienstverhältnis vorliegt, setzt sich mit Ausnahme von Dersch⁶⁾, soweit ersichtlich, niemand auseinander.

Die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber kann und muß, wie Dersch zu Recht betont, nach zwei Gesichtspunkten vorgenommen werden: Arbeitgeber ist, wer das Unternehmerrisiko trägt und wer Weisungsbefugnis hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Dienstleistung besitzt. Bei der GmbH tragen das Risiko zwar wirtschaftlich die Gesellschafter, rechtlich aber ist die GmbH als juristische Person berechtigt und verpflichtet und damit Träger des Unternehmerrisikos. Nach dem ersten Gesichtspunkt kann deshalb eine arbeitsrechtliche Abgrenzung, ob in diesen Fällen Arbeitnehmer- oder Arbeitgebergemeinschaft zu bejahen sei, nicht beantwortet werden. Auf der anderen Seite ist die Weisungsbefugnis der GmbH gegenüber ihrem Geschäftsführer wohl unbestreitbar. Das ist eben der wesentliche Unterschied zur AG. Der Vorstand ist eigenverantwortlicher Leiter. Das gilt fast ohne Einschränkung.

1) Molitor, Kündigung, S. 173.

2) Sitzler-Goldschmidt, "Der Kündigungsschutz für Angestellte", Berlin 1930.

3) Anthes S.76.

4) Goldschmidt, § 1 Anm 12 und 13

5) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, § 58 IV S. 577.

6) RdA 51, 215.

Der Geschäftsführer handelt eigenverantwortlich nur, wenn und soweit ihm die GmbH die Befugnis dazu überträgt. Insoweit lassen sich die Ausführungen von Dersch zum Vorstand der AG auf den Geschäftsführer nicht übertragen. Er übt in Unterordnung unter die Gesellschafterversammlung, von der GmbH aus betrachtet, die Funktion eines leitenden Angestellten aus. Von den Betriebsangehörigen her betrachtet ist er aber der konkrete Prinzipal, der ihnen gegenüber weisungsbefugt und ihr unmittelbarer Vorgesetzter ist. Nikisch¹⁾ hat deshalb recht, wenn er von einer Zwitterstellung der gesetzlichen Vertreter juristischer Personen spricht. Für die Angestelltenversicherungspflicht wird man deshalb für den Geschäftsführer ein arbeitsrechtliches Dienstverhältnis bejahen müssen. Für das AVG und jetzt das AngVNG kommt es nicht darauf an, daß der Geschäftsführer auch Arbeitgeberfunktion ausübt, sondern allein darauf, ob eine Weisungsgebundenheit gegenüber der GmbH besteht. Unter den sonstigen Voraussetzungen muß deshalb de lege lata die Versicherungspflicht des GmbH-Geschäftsführers aus dem Gedanken der kollektiven Daseinsvorsorge bejaht werden. Wie aber steht es dann mit dem AKSchG für den GmbH-Geschäftsführer?

Nikisch²⁾ vertritt die Auffassung, der Geschäftsführer sei Angestellter im Sinne des AKSchG. Mit diesem Gesetz solle allein der wirtschaftlich Schwächere geschützt werden. Man könne vom Geschäftsführer nicht generell sagen, daß er eines solchen Schutzes aufgrund seiner stärkeren Position nicht bedürfe, weil er sich

1) Nikisch, Arbeitsrecht, § 14 II, S. 100

2) Nikisch, a.a.O.

entsprechend durch Anstellungsvertrag selbst schützen könne. Die Gegenmeinung vertritt Hueck.¹⁾ Das AngKSchG enthalte ausdrückliche Schutzbestimmungen zu Gunsten des wirtschaftlich Schwächeren. Sie könnten auf den Geschäftsführer nicht zur Anwendung kommen, eben weil er der GmbH als gleichberechtigter Partner beim Abschluß des Dienstvertrages gegenüberstehe.

Da die Angestelltenversicherungspflicht entgegen Dersch bejaht werden mußte, bedarf die Frage einer grundsätzlichen Klärung, ob mit dem BGH²⁾ davon ausgegangen werden kann, daß der Angestelltenbegriff im Sinne des AngKSchG allein nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen zu bestimmen sei. Im Schrifttum wurden dagegen, soweit ersichtlich, keine Einwendungen erhoben. Nikisch geht lediglich mit der Schlußfolgerung des BGH nicht konform, man müsse die Anwendung des AngKSchG ablehnen, weil vom Zweck des Gesetzes her auch die gesetzlichen Vertreter der juristischen Personen geschützt werden sollten.

§ 1 AngKSchG verweist auf die Versicherungspflicht nach § 1 AVG. Vom gesetzlichen Wortlaut her ist es keineswegs zwingend, daß der Begriff des Angestellten im Sinne des § 1 AngKSchG anders zu fassen sei. Der BGH hat recht, wenn er davon ausgeht, daß ein einheitlicher Angestelltenbegriff im Arbeitsrecht fehlt. Es kann ihm aber nicht gefolgt werden, wenn er meint, damit könne auch nicht auf einen feststehenden Angestelltenbegriff verwiesen sein; denn der Begriff des Angestellten-

1) RdA 54, 112.

2) BGHZ 12, 1 (5-7).

versicherungsrechts ist ein fester Begriff. Trotzdem wird man dem BGH aus dem Zweck des Gesetzes zustimmen können. Das AngKSchG will nach Sinn und Zweck den älteren Angestellten schützen. Der Geschäftsführer ist primär Organ mit Arbeitgeberfunktion. Das AngKSchG berührt nicht das Verhältnis des Geschäftsführers nach außen, wie das AVG bzw. AngVNG, das an seine Stellung in der Gemeinschaft anknüpft und deshalb primär das Augenmerk auf seine Weisungsgebundenheit, wenn auch als Organ gegenüber übergeordneten Organen, richtet, sondern sein Verhältnis nach innen zur GmbH. Im Verhältnis zur GmbH ist der Geschäftsführer Organ und funktionsmäßig Teil des Arbeitgebers. Wenn die Kündigungsschutzvorschriften zur Anwendung kämen, so könnte er sich als Teil des Arbeitgebers auf Kündigungsschutz berufen, der seinem Sinn und Zweck nach nur zu Gunsten des Arbeitnehmers gilt. Das AngKSchG gilt deshalb nicht zu seinen Gunsten. Das Ergebnis scheint auf den ersten Blick unbefriedigend. Es ist aber lediglich Ausfluß der Zwitterstellung des Geschäftsführers: Als Arbeitgeber können zu seinen Gunsten spezielle Schutzvorschriften der Arbeitnehmer nicht gelten. Im Sozialversicherungsrecht kommt es darauf nicht an, sondern nur darauf, ob ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt und das Einkommen die versicherungspflichtige Grenze nicht übersteigt. Daher kommt man mit dem BGH auch zu zwei verschiedenen Begriffen des Angestellten.

Für die Kündigungsfrist des Anstellungsvertrages gelten deshalb die allgemeinen Vorschriften der §§ 620 ff BGB, wenn der Anstellungsvertrag ein Dienstvertrag ist, es sei denn, im Anstellungsvertrag sind Kündigungsfristen vereinbart. Die Kündigung aus wichtigem Grund kann fristlos jederzeit erfolgen (§ 626 BGB).

Erhält der Geschäftsführer eine feste Vergütung, so muß die Kündigung zum Schluß eines Kalendervierteljahres erfolgen und dabei eine Kündigungsfrist von 6 Wochen eingehalten werden. Dies auch dann, wenn die Vergütung nach kürzeren als vierteljährlichen Abschnitten bemessen ist (§ 622 BGB).

Erhält der Geschäftsführer nur Tantieme oder Provisionen aus dem Gewinn der Gesellschaft, so kann die Kündigung grundsätzlich ohne Einhaltung einer Frist erfolgen (§ 627 Abs 1 BGB).

Keinen Ersatzanspruch hat der Geschäftsführer, wenn die Kündigung aus wichtigem Grund erfolgt (§ 626 BGB). Die Kündigung erfolgt dann fristlos, so daß die Frage der Rechtzeitigkeit gar nicht auftauchen kann. Die Bestimmung des § 626 BGB ist zwingend.¹⁾

Die GmbH hat jedoch das Recht, neben den allgemein anerkannten wichtigen Gründen zur Kündigung noch weitere Tatbestände im Gesellschaftsvertrag festzulegen, bei deren Verwirklichung durch den Geschäftsführer die GmbH das Recht hat, die fristlose Kündigung des Geschäftsführers auszusprechen.

1) Vgl. oben Abschnitt C III 2 a.

III. Die Rechtsstellung des Geschäftsführers nach erfolgter Abberufung.

1. Die Rechtsstellung des Geschäftsführers bei Abberufung ohne wichtigen Grund.

a) Die gerichtliche Nachprüfung der Ausübung des Abberufungsrechts.

Wenn das Abberufungsrecht im Gesellschafts- oder Anstellungsvertrag nicht abweichend von der gesetzlichen Regelung auf das Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt wurde, kann die Abberufung jederzeit und ohne Angabe von Gründen erfolgen. Da aber die Abberufung als solche Willenserklärung und die Ausübung des Abberufungsrechts Rechtsausübung darstellt, gelten für die Ausübung des Abberufungsrechts die allgemeinen Grenzen.¹⁾ Die Rechtsausübung darf daher nicht sittenwidrig, gesetzwidrig, schikanös oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben unzulässig sein. Die Voraussetzungen haben wir oben im einzelnen erörtert. Wenn aber der Geschäftsführer glaubt, mit der Ausübung des Abberufungsrechts seien die allgemeinen Grenzen jeder Rechtsausübung überschritten, insbesondere die Abberufung als solche sei gesetzwidrig, sittenwidrig oder eine unzulässige Rechtsausübung, so kann er die Feststellungsklage erheben mit dem Ziel, die Unwirksamkeit festzustellen.²⁾ Praktisch wird ein solcher Nachweis dem Geschäftsführer nur selten gelingen; denn

1) Vgl. oben Abschnitt D.

2) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 11; OLGR 27, 380.

die GmbH ist nicht einmal verpflichtet, ihm die Gründe seiner Abberufung mitzuteilen, weil es gerade dem in § 38 Abs 1 GmbHG niedergelegten Grundsatz der freien Widerruflichkeit entspricht, daß die GmbH über die Motive der Abberufung niemandem Rechenschaft schuldet.¹⁾ Die Feststellungsklage ist insoweit aber auch die einzige vorgesehene Möglichkeit. Die Sachlage liegt ähnlich wie beim Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes.²⁾

Wie wir dort gesehen haben, ist bei Beschränkung des Widerrufsrechts auf das Vorliegen wichtiger Gründe die Abberufung ohne wichtigen Grund unwirksam, weil ein Recht der freien Widerruflichkeit nicht besteht. Wenn nun über das Vorliegen des wichtigen Grundes Streit entsteht, so ist zweifelhaft, ob die Abberufung wirksam ist oder nicht. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung bestünde dann ein Schwebezustand, weil unklar wäre, ob der Geschäftsführer weiterhin zur Geschäftsführung berechtigt ist oder nicht. Diesen Schwebezustand hat das AktG in § 84 Abs 3 Satz 4 zu Gunsten der AG dahin entschieden, daß die Abberufung bis zur rechtskräftigen Entscheidung wirksam ist. Wir haben begründet, daß eine analoge Anwendung dieses Rechtsgedankens auch für den Geschäftsführer der GmbH geboten erscheint. Hier ist es ähnlich. Die Wirksamkeit der

1) Hach.-Schilling, § 38 Anm 3; OLGR 27, 380 ff.

2) Vgl. oben Abschnitt C III 3.

Abberufung wegen Verstoßes gegen die allgemeinen Grenzen jeder Rechtsausübung steht zur Debatte. Die endgültige Entscheidung darüber, ob die Abberufung wirksam oder unwirksam ist, kann nur das Gericht treffen. So lange die GmbH den Geschäftsführer an der weiteren Ausübung seiner Tätigkeit nicht behindert, besteht ein Feststellungsinteresse nur, soweit aus der erfolgten Abberufung Rechte hergeleitet werden sollen. Wenn die GmbH die weitere Tätigkeit aber untersagt, hätte der Geschäftsführer die Leistungsklage, wenn nicht die entsprechende Anwendung des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG die Leistungsklage ausschloße. Weil der Widerruf bis zur rechtskräftigen Entscheidung wirksam ist - die entsprechende Anwendung des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG ist wegen gleichartiger Sach- und Rechtslage geboten -, kann der Geschäftsführer die Leistungsklage nicht erheben. Das Rechtsschutzbedürfnis der Feststellungsklage ist deshalb zu bejahen. Der Geschäftsführer kann also nur mit der Feststellungsklage gegen eine gesetzwidrige, sittenwidrige, schikanöse oder aus Treu und Glauben unzulässige Abberufung vorgehen. Davon gilt aber eine Ausnahme: Die Abberufung des Geschäftsführers ohne wichtigen Grund im Bereich des Mitbestimmungs- und Mitbestimmungsergänzungsgesetzes ist nichtig. Zur Geltendmachung der Nichtigkeit ist die Feststellungsklage ausgeschlossen, wenn dem Geschäftsführer die weitere Tätigkeit untersagt wird. Im einzelnen vgl. unten Abschnitt J III 2 a.

b) Der Anspruch des Geschäftsführers auf Entschädigung gemäß § 38 Abs 1 Satz 1 GmbHG.

Das Gesetz spricht in § 38 Abs 1 GmbHG von Entschädigungsansprüchen. Wie wir gesehen haben, sind de lege lata Anstellung und Bestellung streng zu unterscheiden. Die Abberufung beendet zwar die Organstellung, aber nicht den Anstellungsvertrag, soweit dieser eine entgeltliche Dienstverpflichtung enthält, die als Dienstvertrag nur nach den Vorschriften aus §§ 620 ff BGB und bei gesellschaftsrechtlicher Dienstverpflichtung (Sonderpflicht) in Analogie zu diesen Vorschriften beendet werden kann. Das bedeutet, daß der Geschäftsführer den Anspruch aus Dienstvertrag auf Vergütung behält. War der Dienstvertrag z.B. auf bestimmte Zeit abgeschlossen, so erhält er die Vergütung bis zur Beendigung des Dienstvertrages durch Zeitablauf, sonst bis zur Beendigung durch fristgemäße Kündigung gem. §§ 620 ff BGB, in der Regel wohl nach § 622 BGB, weil der Geschäftsführer Dienste höherer Art leistet und seine Erwerbstätigkeit dadurch meist vollständig in Anspruch genommen ist.¹⁾

1) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 4.

Die Literatur¹⁾ zog aus diesem Sachverhalt die Folgerung, der Geschäftsführer behalte den Erfüllungsanspruch aus § 615 BGB auf Vergütung, die GmbH komme also gleichsam in Annahmeverzug. Dieser Auffassung der Literatur kann nicht gefolgt werden. Der Geschäftsführer schuldet die Leistung von Diensten als Geschäftsführer. Geschäftsführerdienste kann er aber nicht leisten, weil ihm die Organstellung durch Abberufung genommen wurde. Dem Geschäftsführer ist damit die Dienstleistung als Geschäftsführer unmöglich geworden. § 615 BGB kann deshalb keine Anwendung finden;²⁾ denn der Annahmeverzug setzt voraus, daß die Leistung der geschuldeten Dienste möglich ist, wie die §§ 294 ff BGB zeigen. Das Dienstverhältnis des Geschäftsführers der GmbH ist aber nun grundsätzlich kein Arbeitsverhältnis, dessen Kennzeichen darin besteht, daß der Dienstverpflichtete innerhalb eines Betriebes mit anderen Dienstverpflichteten nach den Weisungen und unter ständiger Aufsicht des Dienstberechtigten tätig werden muß, also nach Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung einem Weisungsrecht unterliegt (fremdbestimmte Dienstleistung). Der Geschäftsführer aber übt dieses Weisungsrecht gerade gegenüber den Angestellten und Arbeitern der GmbH aus. Funktionsmäßig ist er daher nicht Arbeitnehmer. Aber auch hinsichtlich des eigenen Dienstvertrages steht er den selbständig Tätigen wesentlich näher.

1) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 4 unter Hinweis auf RG, JW 1915, 653; Hachenburg, 5. Aufl., § 38 Anm 4; Liebmann, § 38 Anm 1; Liebmann-Saenger, § 38 Anm 1; Bb-Hueck, GmbHG, Anhang nach § 35, Anm 5 A; Kunkel in Handbuch der GmbH, S. 896 ff, 901; anders Hach.-Schmidt, § 38 Anm 4, da die Abberufung den einheitlichen Geschäftsführer-Vertrag beendet und Brodmann, GmbHG, § 38 Anm 1, der im Ergebnis wie Schilling von der einheitlichen Beendigung von Bestellung und Anstellung ausgeht, weil eine Trennung nicht möglich sei, sondern beide in ein einheitliches Rechtsverhältnis eingebettet seien.

2) RG, JW 38, 1932 Nr. 9; Palandt, § 615 Anm 3.

Zwar ist er an Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden, aber nicht weil er in einem abhängigen Dienstverhältnis steht, sondern weil er als Organ dem obersten Willensorgan untergeordnet ist. Seine Tätigkeit als solche ist aber weitgehend selbstbestimmt. Das Dienstverhältnis ist deshalb kein Arbeitsverhältnis.¹⁾ Auf das Dienstverhältnis des Geschäftsführers kommen deshalb auch nicht generell die zum Arbeitsverhältnis entwickelten Grundsätze zur Anwendung.

Während im personenrechtlichen Arbeitsverhältnis nach ständiger Rechtsprechung²⁾ die §§ 323 - 326 BGB nicht zur Anwendung kommen, beurteilt sich die Unmöglichkeit der Dienstleistung des abberufenen Geschäftsführers nach §§ 323 ff, insbesondere nach § 324 BGB, weil die GmbH die auf der Abberufung beruhende Unmöglichkeit zur Dienstleistung als Geschäftsführer verschuldet hat; denn sie macht mit der Abberufung dem Geschäftsführer die Erfüllung seiner Dienstpflichten unmöglich. Es läßt sich nicht einwenden, die GmbH habe die Unmöglichkeit der Dienstleistung nicht zu vertreten, weil nur Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 BGB) zu vertreten seien. Das Verhalten sei objektiv rechtmäßig.³⁾ Deshalb liege auch kein Verschulden vor und sei daher auch nicht zu vertreten;

1) BGH, GmbHRdSch 53, 173 für den Vorstand der AG; Ermann, Vorbemerkung 3 a A zu § 611 BGB; Palandt, Einführung zu § 611 Anm A 1 BGB; Dennecke in RGRK zum BGB, Vorbemerkung II zu § 611 BGB; im Anschluß an die Entscheidung des BGB auch Kunkel in Handbuch der GmbH, S. 894, 896 ff.

2) RAG 22, 18; 37, 231; 43, 168 und BGH in GmbHRdSch 53, 173.

3) Palandt, § 324 Anm 2.

denn sie habe das Recht der jederzeitigen Abberufung. Zunächst muß dem entgegengehalten werden, daß die GmbH zwar das Recht zur Abberufung der Organstellung hat, aber nicht das Recht, dem Geschäftsführer seine Dienstleistung unmöglich zu machen. Zum anderen bestimmt § 276 BGB, daß dieser Haftungsgrundsatz nur gilt, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, etwas anderes bestimmt aber ausdrücklich § 38 Abs 1 GmbHG, in dem die Entschädigungspflicht aus bestehenden Verträgen aufrecht erhalten wird, oder wie § 84 AktG ausführt, für die Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag die allgemeinen Vorschriften Geltung haben. Das heißt nichts anderes, als daß zwar die Abberufung rechtmäßig ist, die darin liegende Bewirkung der Unmöglichkeit der Dienstleistung aber zu vertreten ist. Für den Geschäftsführer folgt daraus, daß der Geschäftsführer trotz Unmöglichkeit der eigenen Dienstleistung den Anspruch auf die Gegenleistung als Erfüllungsanspruch bis zur Beendigung des Dienstvertrages durch Zeitablauf oder durch Kündigung behält.

Die weitere Frage, ob sich der Geschäftsführer § 615 Satz 2 BGB entgegenhalten lassen muß, wird von Hefermehl¹⁾ verneint. Da es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, kommen über die §§ 611 ff BGB die §§ 320 ff BGB zur Anwendung. Demnach stellt sich für uns die Frage, ob sich der Geschäftsführer dem Erfüllungsanspruch aus § 324 Abs 1 Satz 1 BGB den gleichlautenden § 324 Abs 1 Satz 2 BGB entgegenhalten lassen muß.

1) Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 4 unter Hinweis auf RG, JW 15, 653 Nr. 5.

Die von Scholz und Hefermehl zitierte RG-Entscheidung nimmt zu diesem Problem nicht Stellung, sondern sie führt lediglich aus, daß sich die Beendigung des Dienstvertrages nach allgemeinen Vorschriften richtet. Der Auffassung von Scholz und Hefermehl, die ohne Begründung vorgetragen ist, kann deshalb auch nicht gefolgt werden. Der gesetzliche Wortlaut ist eindeutig. Gründe, die zum Abweichen vom Wortlaut des Gesetzes berechtigen, sind nicht ersichtlich.

Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß der Geschäftsführer als Entschädigungsanspruch im Sinne des § 38 Abs 1 GmbHG den Erfüllungsanspruch nach § 324 Abs 1 Satz 1 BGB bis zur Beendigung des Dienstvertrages hat, wobei er sich aber den Wert desjenigen anrechnen lassen muß, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch andere Verwandlung seiner Dienste erwirbt oder böswillig zu erwerben unterläßt (§ 324 Abs 1 Satz 2 BGB). Weil dem Geschäftsführer der Anspruch auf die Gegenleistung bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses erhalten bleibt, hat er auch grundsätzlich den Anspruch auf Bezahlung eines Ruhegehaltes oder Übergangsgeldes, wenn ihm ein solcher Anspruch vertraglich eingeräumt wurde und die vertraglich festgesetzten Anspruchsvoraussetzungen in seiner Person vorliegen.

c) Das Zurückbehaltungsrecht des Geschäftsführers.

Fraglich erscheint es, ob der Geschäftsführer die Geschäftsbücher der GmbH in Verwahrung nehmen kann, um darin ein Druckmittel gegen die GmbH zu haben, mit dem er eine schnelle Erledigung seiner Ansprüche erzwingen kann. Ein solches Recht wurde früher vom RG¹⁾ aus dem

1) RG, LZ 1910, 166; ebenso Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 4.

Gesichtspunkt des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 Abs 2 BGB) grundsätzlich anerkannt, da nach Ansicht des RG zwischen der Entschädigungsleistung und der Gegenleistung auf Herausgabe der Geschäftsbücher ein einheitliches Lebensverhältnis besteht, wie es in § 273 Abs 2 BGB als genügend vorausgesetzt wird. Gegen diese Auffassung wendet sich Brodmann¹⁾, der ausführt, die Geschäftsbücher hätten sich auch während der Amtszeit des Geschäftsführers nicht in dessen mittelbarem oder gar unmittelbarem Besitz befunden. Die Geschäftsbücher gehörten vielmehr zum mittelbaren Besitz der GmbH, der Geschäftsführer übe deshalb den Besitz nur stellvertretend für die GmbH aus. Wenn der Geschäftsführer die Geschäftsbücher oder anderes Eigentum der GmbH zurückbehalte, so begehe er damit verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB) und sei aus der Bestimmung des § 861 BGB zur Herausgabe verpflichtet. Gegen den auf § 861 gestützten Herausgabeanspruch der Gesellschaft komme aber die petitorische Einrede des § 273 Abs 2 BGB nicht zum Zuge.

Die von Brodmann angeschnittene Frage läuft auf den Streit um den Besitz der juristischen Person hinaus. Die Auffassungen in der Literatur sind sehr geteilt. Die eine Meinung²⁾ bezeichnet die juristische Person als Alleinbesitzer: Die Organe haben keinen Besitz. Sie sind weder unmittelbarer noch mittelbarer Besitzer. Sie gründen ihre Auffassung auf die Organ-Theorie. Wegen der Organeigenschaft gelte die Fremdwirkung des Handelns des Organs auch für das tatsächliche Herrschaftsverhältnis

1) Brodmann, GmbHG, § 30 Anm 4; ebenso Liebmann, § 38 Anm 2; Liebmann-Saenger, § 38 Anm 2.

2) Westermann, § 20 II; Wolf-Raiser, § 5 I; Hedemann, Sachenrecht, § 44 IV; RGRK zum BGB, § 854 Anm 19; Staudinger-Seuffert, § 854 Anm 26; Ullmann zu dem Problem "Streitfragen aus dem Gebiet des gesetzlichen ehelichen Güterrechts" in AcP 92, 288 ff; Förtsch-Gruch. in "Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts" 43, 545; abweichend nur Palandt § 854 Anm 5: Im Regelfall Alleinbesitz der juristischen Person, das Organ kann aber in Einzelfällen Besitzmittler sein; RGZ 44, 303.

des Besitzers. Cosack¹⁾ und Heck²⁾ sind der Auffassung, der Geschäftsführer stehe als Organperson in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis. Deshalb sei er Besitzdiener. Kniez³⁾ und Przibilla⁴⁾ bezeichnen den Geschäftsführer als Besitzmittler der juristischen Personen. Diese Streitfrage ist für das geltende Recht nach der Organtheorie zu entscheiden. Das Gesetz hat in § 31 BGB die Deliktsfähigkeit der juristischen Person begründet. Die unerlaubte Handlung ist eine tatsächliche und keine rechtsgeschäftliche Handlung. Darin zeigt sich, daß auch die tatsächlichen Handlungen des Organs Geschäftsführers Handlungen der GmbH sind. Die Drittwirkung des Handelns gilt bei der juristischen Person nicht nur für rechtsgeschäftliche Handlungen wie für den Vertreter des § 164 ff BGB, sondern auch, wie eben § 31 BGB zeigt, ohne Unterschied für alle tatsächlichen Handlungen. Das Handeln des Organs ist deshalb Handeln der juristischen Person. Die Besitzergreifung des Geschäftsführers ist Besitzergreifung der GmbH. Die Besitzausübung des Geschäftsführers ist Besitz der GmbH. Dagegen leugnet die Ansicht von Kniez und Przibilla, daß die juristische Person Sachherrschaft haben kann und daß auch das tatsächliche Handeln der Organe Handeln der juristischen Person ist. Diese Auffassung ist de lege lata abzulehnen. Dabei kann nicht verneint werden, daß der Geschäftsführer aufgrund eines Besitzmittlungsverhältnisses besitzen kann, wenn er z.B. aufgrund eines Leih- oder Mietvertrages besitzt.

1) Bürgerliches Recht, II, § 185 2 d.

2) Heck, Dr. Philipp "Grundriß des Sachenrechts", Tübingen 1930.

3) Kniez, "Der Besitz", 1960, S. 49.

4) Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts 50, 360.

Das setzt aber den Abschluß eines Besitzmittlungsverhältnisses voraus und kann bei Geschäftsführern im Zweifel nie angenommen werden, weil die GmbH der Geschäftsbücher zu einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung bedarf. Aber auch die Gegenmeinung von Cosack und Heck scheint aufgrund der Organeigenschaft des Geschäftsführers nicht haltbar. Die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschafterversammlung als übergeordnetes Organ und seine Dienstverpflichtung lassen ~~es~~ ^{war} ein soziales Abhängigkeitsverhältnis nur schwer verneinen. Diese Meinung steht aber im Gegensatz zur Drittwirkung auch des tatsächlichen organschaftlichen Handelns. M.E. ist die GmbH Alleinbesitzer.

Der Geschäftsführer übt deshalb verbotene Eigenmacht, wenn er die Geschäftsbücher an sich nimmt, weil er dazu nicht berechtigt ist. Das gilt um so mehr, wenn er die Geschäftsbücher erst nach seiner Abberufung an sich nimmt. Der Geschäftsführer ist aber auch aus dem Anstellungsvertrag nicht zum Besitz berechtigt, sondern verpflichtet, für die GmbH als deren Organ Besitz auszuüben. Deshalb ist auch die weitere Besitzausübung nach Abberufung verbotene Eigenmacht, wenn die Geschäftsbücher vorher in seinen tatsächlichen Herrschaftsbereich gelangt sind. Eine verbotene Eigenmacht liegt aber nur vor, sofern das Gesetz nicht die Besitzstörung gestattet. Insoweit ist die Auffassung Brodmanns richtig. Unrichtig aber ist es, wenn er ausführt, gegen die possessorische Besitzschutzklage könne das Zurückbehaltungsrecht als petitorischer Einwand nicht geltend gemacht werden. Richtig ist dabei, daß die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs 2 BGB die Berufung auf ein materielles Recht zum Besitz beinhaltet und deshalb auch einen petitorischen Einwand darstellt. § 863 BGB läßt aber die Berufung auf eine materielle Berechtigung zum Besitz insoweit zu,

als sie dazu dient, zu begründen, daß die Besitzstörung keine verbotene Eigenmacht sei. Der Geschäftsführer könnte sich deshalb sehr wohl auf das Zurückbehaltungsrecht berufen, um darzutun, das Gesetz gestatte ihm die Besitzstörung und es fehle deshalb an einer verbotenen Eigenmacht.¹⁾

Ein Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 BGB kommt nicht in Frage, weil ein Geschäftsführer im Hinblick auf Geschäftsbücher keinen Anspruch auf Ersatz ersetzender Verwendungen im Sinne der §§ 994 ff BGB hat. Ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs 2 BGB besteht ebenfalls nicht, weil der Geschäftsführer keinen fälligen Anspruch gegen Verwendungen auf die Geschäftsbücher hat. Auch ist ihm durch die Geschäftsbücher kein Schaden zugefügt. § 273 Abs 2 BGB beinhaltet insoweit eine Sonderregelung der Konnexität. Die genannte Entscheidung des RG ging aber auch nicht vom Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs 2 BGB aus, sondern beurteilte das Zurückbehaltungsrecht als selbstverständlich nach § 273 Abs 1 BGB. Das RG²⁾ vertrat in einer anderen Entscheidung ausdrücklich die Auffassung, es komme darauf an, aus welchem Rechtsgrund ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werde. Das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen wie einer Schädigung durch den herauszugebenden Gegenstand beurteile sich nach § 273 Abs 2 BGB. Im übrigen sei aber auch bei Herausgabeansprüchen das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs 1 BGB nicht ausgeschlossen, wenn dessen Voraussetzungen vorlägen.

1) Palandt § 863 Anm 2 c; Staudinger-Seuffert § 863 Anm 8 mit weiteren Literaturangaben.

2) RGZ 72, 61 ff (66).

Die Literatur ¹⁾ vertritt, soweit ersichtlich, den gleichen Standpunkt. Diese Auffassung ist richtig. § 273 Abs 2 BGB enthält insoweit eine Erweiterung des allgemeinen Begriffs der Konnexität, des innerlich zusammengehörigen einheitlichen Lebensverhältnisses. Bei Verwendungs- und Schadensersatzansprüchen der in § 273 Abs 2 BGB genannten Art müßte vielfach ein Zurückbehaltungsrecht verneint werden, wenn das Vorliegen eines einheitlichen Lebensverhältnisses zu verneinen wäre. Deshalb kann der Geschäftsführer ein Zurückbehaltungsrecht auch auf § 273 Abs 1 BGB stützen.

§ 273 Abs 1 BGB setzt zweierlei voraus: Einen Anspruch der GmbH und einen Gegenanspruch des Geschäftsführers, wobei beide Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen müssen. Der Anspruch des Geschäftsführers geht auf Fortzahlung seines Gehalts bis zur Beendigung seines Dienstvertrages. Der Anspruch der GmbH geht auf Herausgabe der Geschäftsbücher, die der Geschäftsführer faktisch in Händen hat (ohne Besitzer oder Besitzdiener zu sein). Sie ergibt sich als Nebenverpflichtung aus dem Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat (§ 675 BGB in Verbindung mit § 667 BGB). Beide Ansprüche beruhen deshalb auch auf dem gleichen rechtlichen Verhältnis, nämlich auf dem Dienstvertrag. Der Anspruch der GmbH ist mit der Abberufung fällig, aber nicht im Regelfall der Anspruch des Geschäftsführers auf Vergütung bis zur Beendigung des Dienstvertrages. Wegen künftiger Gehaltsansprüche besteht deshalb kein Zurückbehaltungsrecht an den Geschäftsbüchern.

1) Vgl. Palandt § 273 Anm 6; statt vieler.

Aber auch bei rückständigen Gehaltsforderungen - so lag der Fall der zitierten RG-Entscheidung - ist das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs 1 BGB zu verneinen, weil sich, wie wir gesehen haben, aus dem Schuldverhältnis die Herausgabepflicht als etwas anderes ergibt (§ 675 i.V. mit § 667 BGB). Wenn das Reichsgericht in dem konkret entschiedenen Fall ein Zurückbehaltungsrecht bejahte, so nur deshalb, weil es aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben eine Herausgabepflicht des Geschäftsführers verneinte. Der Geschäftsführer hätte sonst keinerlei Sicherheit wegen seiner rückständigen Gehaltsforderungen gehabt. Es bestand auch keine Aussicht, sich aus dem Vermögen der GmbH befriedigen zu können. Unter diesen Umständen kann in besonderen Ausnahmefällen ein Zurückbehaltungsrecht bejaht werden, soweit der Geschäftsführer diese Gegenstände nicht durch unerlaubte Handlung an sich brachte, weil hier die Rückgabepflicht aus unerlaubter Handlung nicht durch den Grundsatz von Treu und Glauben ausgeschlossen werden kann. Es ergibt sich also insoweit aus dem Schuldverhältnis etwas anderes. Wenn und soweit aber im Einzelfall ein Zurückbehaltungsrecht bejaht wird, kann es auch der possessorischen Besitzklage entgegengesetzt werden; denn die Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht beinhaltet, daß das Gesetz die Besitzstörung gestattet und insoweit das Vorliegen verbotener Eigenmacht in Form der Zurückbehaltung der erlangten Geschäftsbücher zu verneinen ist.

2. Die Rechtsstellung der Abberufung aus wichtigem Grund.

a) Gerichtliche Nachprüfung.

Bei der gerichtlichen Nachprüfung der Abberufung aus wichtigem Grund muß man zwei Fälle unterscheiden: Die vertragliche und die statutarische Beschränkung der freien Widerruflichkeit. Wie wir gesehen haben¹⁾, ist der Widerruf entgegen einer vertraglichen Beschränkung des Widerrufsrechts immer wirksam, gleichgültig, ob ein wichtiger Grund zur Abberufung vorlag oder nicht. Die vertragliche Beschränkung bedeutet lediglich eine vertragliche Verpflichtung der GmbH, das Abberufungsrecht nur aus wichtigem Grund auszuüben. Die Abberufung ohne wichtigen Grund ist deshalb positive Vertragsverletzung, die folglich zum Schadenersatz und zur Neubestellung verpflichtet. Der Geschäftsführer kann aber nicht die Feststellungsklage erheben mit dem Ziel festzustellen, daß ein wichtiger Grund zum Abberufen nicht vorgelegen habe. Dafür fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, weil dem Geschäftsführer die Leistungsklage offensteht auf Neubestellung, also auf Abgabe einer Willenserklärung. Die Leistungsklage schließt eine Feststellungsklage aus.²⁾

1) Siehe oben Abschnitt C III 3 b.

2) Unbestritten; vgl. Bb-Lauterbach, § 256 ZPO Anm 5.

Oben wurde weiter ausgeführt¹⁾, daß die Abberufung ohne wichtigen Grund entgegen der statutarischen Beschränkung des Abberufungsrechts auf das Vorliegen wichtiger Gründe unwirksam und im Bereich des Mitbestimmungs- und Mitbestimmungsergänzungsgesetzes wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig ist. Zur Feststellung der Unwirksamkeit und Nichtigkeit dient in diesen Fällen die Feststellungsklage. Sie ist aber dann ausgeschlossen, wenn die GmbH in Kenntnis des Fehlens eines wichtigen Grundes die weitere Geschäftstätigkeit untersagt. Die Organstellung des Geschäftsführers wurde durch die Abberufung nicht beseitigt. Ein Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes besteht nicht. § 84 Abs 3 Satz 4 AktG kann auf diesen Fall nicht angewendet werden; denn die Unwirksamkeit der Abberufung ist nach objektiver Rechtslage nicht streitig. Es ist vielmehr klar erkennbar, daß die Abberufung unwirksam bzw. nichtig ist. Darin unterscheidet sich der Fall vom Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes, von der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Abberufung wegen Sittenverstoßes, Schikane oder Verstoßes gegen Treu und Glauben. In diesen Fällen läßt sich, wie beim Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes, die Frage der Wirksamkeit nicht eindeutig beantworten. Nur diesen Fall hat das AktG in § 84 Abs 3 Satz 4 dahin entschieden, daß die Abberufung bis zur Feststellung der Unwirksamkeit wirksam ist. Außerhalb dieser Regelung liegen aber die Fälle, in denen die Unwirksamkeit eindeutig erkennbar ist, ohne daß es einer gerichtlichen Feststellung bedarf. Der Rechtsgedanke des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG kann deshalb keine Anwendung finden. Die Abberufung ist deshalb unwirksam bzw. nichtig mit der Folge, daß der Geschäftsführer weiterhin zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet ist, da er trotz Abberufung s-

1) Siehe oben Abschnitt D II 1.

erklärung noch immer Geschäftsführer ist. Er kann deshalb Leistungsklage auf Zulassung zur Geschäftsführung und Vertretung erheben. Weil er Leistungsklage erheben kann, fehlt für eine Feststellungsklage in der Regel das Rechtsschutzbedürfnis. Das gilt ohne Einschränkung auch beim Sonderrecht zur Geschäftsführung. Der Abberufungsbeschuß ohne wichtigen Grund ist unwirksam. Es bedarf weder einer Nichtigkeits- noch einer Anfechtungsklage. Die Abberufung ist eine Abberufungserklärung ohne dem Geschäftsführer gegenüber wirksamen Abberufungswillen. Der Geschäftsführer hat deshalb den Anspruch, zur Geschäftsführung und Vertretung zugelassen zu werden,¹⁾ da er noch immer Geschäftsführer ist.

Wie oben weiter dargelegt²⁾ wurde, ist beim Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Abberufung der Rechtsgedanke aus § 75 Abs 3, Satz 4 AktG 1937³⁾ entsprechend anwendbar. Die Abberufung ist also bis zur rechtskräftigen Entscheidung wirksam. Der Geschäftsführer kann deshalb nicht die Leistungsklage erheben. Er hat aber ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung, ob die Abberufung aus wichtigem Grund wirksam ist. Er kann deshalb die Feststellungsklage erheben mit dem Ziel, die Unwirksamkeit der Abberufung aus wichtigem Grund festzustellen.

Nach diesen Grundsätzen ist auch die weitere Streitfrage zu entscheiden, welche Rechte der Geschäftsführer aus der Feststellung des Fehlens eines wichtigen Grundes herleiten kann. Vorweg haben wir bereits den Fall erörtert, daß bei vertraglicher Beschränkung der freien Widerruflichkeit auf das Vorliegen wichtiger

1) RGZ 44, 95 (99); Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 11; Vogel § 38 Anm 7; Crüger-Crecelius, § 38 Anm 2.

2) Vgl. Abschnitt C III 3 b.

3) jetzt: § 84 Abs 3 Satz 4 AktG 1965

Gründe eine Abberufung ohne wichtigen Grund eine Verletzung der schuldrechtlichen Verpflichtung darstellt, die Abberufung nur aus wichtigem Grund zu erklären, und deshalb zum Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung und damit nach dem Grundsatz der Naturalrestitution zur Neubestellung verpflichtet.¹⁾ Bei der statutarischen Beschränkung der freien Widerruflichkeit vertritt ein Teil des Schrifttums²⁾ die Auffassung, die Beschränkung der freien Widerruflichkeit sei reine Gesellschaftsregel. Die Abberufung ohne wichtigen Grund als Verstoß gegen den Gesellschaftsvertrag für den Gesellschafter-Geschäftsführer sei anfechtbar, während der Drittgeschäftsführer lediglich auf die Entschädigungsansprüche zu verweisen sei. Dagegen wenden sich die Rechtsprechung³⁾ und das übrige Schrifttum.⁴⁾ Diese Meinung stützt sich vor allem auf die Argumente des RG, daß sich die beiden Absätze des § 38 GmbHG in ihrer Anwendbarkeit gegenseitig ausschließen und daß es nicht der Zweck des Gesetzes sei, daß die Abberufung trotz statutarischer Beschränkung auf das Vorliegen wichtiger Gründe statthaft und wirksam sei. Weil dem Geschäftsführer die fortgesetzte Ausübung seiner Amtsbefugnisse ermöglicht werden solle, habe er einen Anspruch auf Zulassung zur Geschäftsführung und zur Vertretung.

1) Vgl. im einzelnen oben Abschnitt C III 3.

2) Staub, § 38 Anm 5; Staub-Hachenburg, § 38 Anm 5; Hachenburg, 5. Aufl., § 38 Anm 5; Vogel, § 38 Anm 7.

3) RGZ 44, 95 (99); RG, DJZ 1914, 1109; RG, LZ 1914, 1762; RGJM 1919, 313, Nr. 15.

4) Scholz, 2./3. Aufl., § 38 Anm 11; Scholz-Hefermehl, § 38 Anm 11; Parisius-Crüger, § 38 Anm 2; Crüger-Crecelius, § 38 Anm 2; Bb-Hueck und Schilling nehmen dazu, soweit ersichtlich, nicht Stellung.

Die Rechtslage erfuhrt unterdessen eine gewisse Modifizierung durch die Bestimmung des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG, die im HGB noch nicht enthalten war und deren entsprechende Anwendung wir für die Abberufung des Geschäftsführers bejaht haben, wenn das Vorliegen eines wichtigen Grundes bestritten ist oder wenn die Abberufung als einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung nach den für alle Rechtsgeschäfte geltenden allgemeinen Grundsätzen nichtig oder unwirksam ist und die Nichtigkeit nicht bereits objektiv und eindeutig feststeht, ohne daß es der gerichtlichen Entscheidung bedarf. Soweit der Rechtsgedanke des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG zur Anwendung kommt, ist die Abberufung wirksam. Das die Unwirksamkeit feststellende Urteil beseitigt die Abberufung nicht rückwirkend, sondern ex nunc.¹⁾ Der Geschäftsführer erhält deshalb kraft Gesetzes mit der Rechtskraft des die Unwirksamkeit feststellenden Urteils seine Organstellung zurück und zwar ohne daß es einer Neubestellung bedarf. Als Organ hat der Geschäftsführer von diesem Zeitpunkt an den Anspruch, zur Geschäftsführung und Vertretung zugelassen zu werden, weil er zu Dienstleistungen als Geschäftsführer berechtigt und verpflichtet ist. In den übrigen Fällen, in denen wir die entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens aus § 84 Abs 3 Satz 4 AktG abgelehnt haben, weil die Abberufung offensichtlich unwirksam oder nichtig ist und die Anwendung des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG gleichsam eine Prämiierung des rechtswidrigen Verhaltens darstellen würde - ein Recht zur Abberufung besteht wegen statutarischer Beschränkung der freien Widerruflichkeit oder gesetzlichen Ausschlusses des freien Widerrufsrechts eben nicht - ist wegen

1) BGH, LM § 75 AktG 1937 Nr.5; Schmidt-Meyer-Landroth in GroBK zum AktG 1937, § 75 Anm 15; Bb-Hueck, § 75 AktG 1937, Anm 5 D; soweit ersichtlich unbestritten.

Unwirksamkeit¹⁾ oder Nichtigkeit²⁾ der Abberufung der Anspruch auf Zulassung zur Geschäftsführung und zur Vertretung von vornherein gegeben. Die Gegenfassung im Schrifttum verkennt m.E. den Wortlaut des § 38 Abs 2 GmbHG und den Zweck der Beschränkung der Zulässigkeit des Abberufungsrechts auf das Vorliegen wichtiger Gründe.

b) Entschädigungsansprüche des Geschäftsführers bei berechtigter Abberufung aus wichtigem Grund.

Die Abberufung aus wichtigem Grund beendet in jedem Fall die Organstellung. Sie beseitigt darüber hinaus auch den Dienstvertrag, wenn der wichtige Grund zur Abberufung auch einen wichtigen Grund zur Kündigung des Dienstvertrages im Sinne des § 626 BGB darstellt³⁾, und die GmbH - wie im Zweifel wohl anzunehmen - mit der Abberufung aus wichtigem Grund den Dienstvertrag aus wichtigem Grund kündigen will.⁴⁾ Nur unter diesen einschränkenden Voraussetzungen endigt auch der Dienstvertrag gleichzeitig mit der Organstellung. Die Dienstverpflichtung des Geschäftsführers fällt für die Zukunft ebenso weg wie sein Vergütungsanspruch. Nur soweit seine Dienstleistung noch nicht vergütet wurde, hat er den Anspruch auf volle Teilvergütung (§ 628 Abs 1 Satz 1 BGB), es sei denn, der wichtige Grund zur Kündigung beruht auf vertragswidrigem schuldhaftem⁵⁾ Verhalten des Geschäftsführers (§ 628 Abs 1 Satz 2 BGB).

1) Vgl. oben Abschnitt C III 3 a.

2) Vgl. oben Abschnitt D II 1.

3) Vgl. BGH, LM § 75 AktG 1937, Nr. 5,

4) RG, JW 1900, 417; Hach.-Schilling, § 38 Anm 3, unbestritten.

5) Palandt, § 628 Anm 2 Nr. 18, unbestritten.

Auch ein vorgesehenes Übergangsgeld und vorgesehene Pensionsansprüche oder der Anspruch auf ein Ruhegehalt, erlöschen grundsätzlich¹⁾, auch wenn die dafür aufgestellten Voraussetzungen, wie z.B. die Erreichung eines bestimmten Alters, Arbeitsunfähigkeit oder Mindestdauer der Tätigkeit als Geschäftsführer in der Person des Geschäftsführers vorliegen..Anders dann, wenn der Geschäftsführer zwar aus einem in seiner Person liegenden wichtigen Grund abberufen wird, es sich aber um einen wichtigen Grund handelt, der nicht auf einem Verschulden des Geschäftsführers beruht. Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Geschäftsführer wegen unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Invalidität abberufen werden muß. In einem solchen Fall hat die Rechtsprechung²⁾ aus dem Grundsatz von Treu und Glauben dem Geschäftsführer selbst dann einen Entschädigungsanspruch zuerkannt, wenn ein solcher vertraglich nicht vorgesehen war. Auch ein Anspruch auf Pensionszahlung kann in einem solchen Fall aus Billigkeitsgründen anerkannt werden.

1) BGHZ 12, 337 (344/343); Hueck, SJZ 50, 587 in Anlehnung an OLG Stuttgart; Ausnahmen sind jedoch möglich.

2) RAGE 46, 397; BGHZ 8, 348 (368); BGHZ 12, 337 (342).

K Die Rechtsposition der GmbH nach erfolgter
Abberufung des Geschäftsführers.

I. Der Anspruch auf Rechnungslegung.

Wie wir gesehen haben, ist der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers ein Dienstvertrag bzw. Auftrag mit Geschäftsbesorgungscharakter. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die Geschäfte der GmbH zu besorgen. Er hat deshalb nach Beendigung des Dienstverhältnisses der GmbH über seine Geschäftsführung Rechnung zu legen (§§ 675, 666, 259 BGB)¹⁾. Aber auch wenn man mit Schilling vom einheitlichen Geschäftsführervertrag ausgeht, kommt man zum Anspruch der GmbH auf Rechnungslegung, weil auf die im Geschäftsführervertrag enthaltenen schuldrechtlichen Elemente insoweit diese Vorschriften des BGB entsprechend zur Anwendung kommen.

II. Die Eintragung in das Handelsregister.

Die GmbH ist verpflichtet, die Abberufung des Geschäftsführers zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 39 GmbHG). Diese Eintragungspflicht besteht, obwohl die Wirksamkeit der Abberufung von der Eintragung unabhängig ist, die Eintragung also nur deklaratorische Wirkung hat. Die Anmeldung zur Eintragung kann vom Registergericht durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§ 14 HGB), weil die GmbH zur Anmeldung nach § 39 Abs 1 GmbHG verpflichtet ist und § 79 GmbHG nicht entgegensteht; denn § 39 Abs 1 GmbHG fällt nicht unter die in § 79 GmbHG aufgezählten

1) Unbestritten, vgl. Scholz-Hefermehl, § 68 Anm 9.

Bestimmungen, bei deren Nichteinhaltung keine Ordnungsstrafen verhängt werden dürfen.

Gegen die Verhängung von Ordnungsstrafen spricht sich das KG aus.¹⁾ Es begründet seine Auffassung damit, daß die Verhängung von Ordnungsstrafen auf jeden Fall voraussetze, daß die GmbH zuvor einen neuen Geschäftsführer gewählt habe, der zur Anmeldung befugt sei. Nicht könne die GmbH durch Ordnungsstrafen gezwungen werden, einen neuen Geschäftsführer zu wählen. Dazu fehle es an der gesetzlichen Grundlage.

Ordnungsstrafen dürfen nur verhängt werden, wenn das Gesetz sie vorsieht. Auch für das Ordnungsstrafverfahren gilt der rechtsstaatliche Grundsatz des Kriminalstrafrechts: "nulla poena sine lege". Staatliche Eingriffe in die Rechtssphäre des Einzelnen dürfen nur aufgrund eindeutiger gesetzlicher Bestimmungen erfolgen. Art 103 Abs II GG gilt unbestritten²⁾ auch für das Ordnungsstrafverfahren.

§ 14 HGB deckt nur Ordnungsstrafen für die Nichtanmeldung einer anmeldungspflichtigen Tatsache, nicht aber zur Erzwingung der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters. Sollte die Festsetzung einer Ordnungsstrafe gegen die GmbH³⁾ zulässig sein, wirkt sich die

1) KG, JW 32, 752 Nr.1

2) OLG Celle, NJW 57. 642 Nr.18; LG Neustadt, NJW 57, 1155, Nr.12; BayObLGSt 51, 289 (292 ff); 52, 235 (238 ff); 53, 116 (117); 55, 16 (18); Maunz-Dürig Art 103 GG, RdNr.114.

3) So Düringer-Hachenburg § 14 Anm 1; a.M.: RGRK zum HGB § 14 Anm 3; Baumbach-Duden § 14 Anm 1 B.

Ordnungsstrafe faktisch als Zwang aus, einen neuen Geschäftsführer zu bestellen, wenn ein Geschäftsführer der GmbH durch die Abberufung nicht vorhanden ist, oder wenn die vorhandenen Geschäftsführer bei Gesamtvertretung nicht die zur Vertretung berechnigte Anzahl erreichen; denn § 78 GmbHG bestimmt, daß die Anmeldung zum Handelsregister durch die Geschäftsführer zu bewirken ist. Dies bedeutet, daß die Anmeldung von den Geschäftsführern in der zur Vertretung berechtigenden Anzahl vorzunehmen ist.¹⁾

Das Kammergericht²⁾ war in ständiger Rechtsprechung der Auffassung, es folge aus dem Wesen des Ordnungsstrafverfahrens, daß sich die Ordnungsstrafe nur gegen den Träger der Verantwortlichkeit richten könne, also nur gegen physische Personen. Das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Die neuere Dogmatik³⁾ unterscheidet die Zwangs- und Beugemaßnahmen, zu denen auch § 14 HGB gehört⁴⁾, von dem Verwaltungsunrecht⁵⁾ und dem Kriminalstrafrecht⁶⁾. Zwangs- und Beugemaßnahmen können generell auch gegen juristische Personen⁷⁾ verhängt werden, aber nicht nach § 14 HGB;

1) Vgl. Baumbach-Hueck § 78 Anm 1; unbestritten

2) KG 26, A 232 (233, 234); 30 A 125 (126 für Liquidator); 31 A 206 (207 für Handelsgesellschaften); 41, 123 (129)

3) Vgl. Maurach allg. Teil § 1 S. 7 ff; auf weitere Differenzierungen (Anstaltsstrafrecht, Disziplinarstrafrecht usw.) braucht hier nicht eingegangen zu werden.

4) Maurach a.a.O., § 1 II A 1.

5) Geregelt in OWiG, vgl. Maurach I III S. 11 ff

6) Geregelt im StGB und in Nebengesetzen

7) Vgl. Maurach a.a.O., § 1 II A 2 Satz 7.

denn diese Vorschrift stellt ausdrücklich darauf ab, daß die Pflicht zur Anmeldung anmeldepflichtiger Tatsachen auferlegt ist. Nur der Anmeldepflichtige ist durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Anmeldepflichtig sind nach § 78 GmbHG der oder die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl. Gegen die GmbH kann deshalb keine Ordnungsstrafe verhängt werden. Ein unzulässiger Zwang zur Bestellung eines Geschäftsführers kann auch nicht faktisch ausgeübt werden. Es besteht allerdings die Möglichkeit, die Bestellung der Geschäftsführer durch Satzung einem oder mehreren anderen Geschäftsführern zu übertragen.¹⁾ Sind in diesem Falle Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl nicht mehr vorhanden, der eine noch vorhandene oder mehrere noch vorhandene Geschäftsführer jedoch zur Bestellung weiterer Geschäftsführer satzungsmäßig ermächtigt, dann könnte faktisch ein Zwang zur Bestellung weiterer Geschäftsführer durch Verhängung einer Ordnungsstrafe ausgeübt werden.

1) Vgl. Baumbach-Hueck § 46 Anm 6 A.

In diesem Ausnahmefall kann eine Ordnungsstrafe nicht vernängt werden; denn sie setzt voraus, daß der Pflichtige in der Lage ist, den mit der Beugemaßnahme gewollten Zweck herbeizuführen.¹⁾ Das ist aber nicht der Fall, wenn Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Anzahl nicht vorhanden sind.

Ein Ordnungsstraßverfahren ist aber auch nicht erforderlich, weil der abberufene Geschäftsführer seine Anmeldung durch Klage erzwingen und wohl auch die Notbestellung eines Vertretungsorgans nach § 29 BGB beantragen kann.

Die Klage auf Anmeldung der Abberufung richtet sich gegen die GmbH und hat zum Inhalt, daß die GmbH verpflichtet wird, die Anmeldungserklärung gegenüber dem Registergericht abzugeben. Die Anmeldungserklärung ist

1) Unstreitig vgl. Maurach § 1 II A 2

Willenserklärung, die mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt (§ 894 ZPO). Der abberufene Geschäftsführer kann mit dem Urteil die Eintragung ins Handelsregister betreiben.¹⁾ Diese Klage ist begründet, weil der Geschäftsführer einen Anspruch²⁾ gegen die GmbH auf ordnungsgemäße Anmeldung der Beendigung seines Amtes hat.

Aufgrund des Anspruches auf ordnungsgemäße Anmeldung seines Ausscheidens kann der abberufene Geschäftsführer auch die Notbestellung eines neuen Geschäftsführers zur Anmeldung seines Ausscheidens gem. § 29 BGB beantragen. Insoweit ist auch ein abberufener Drittgeschäftsführer Beteiligter im Sinne des § 29 BGB³⁾ - der Gesellschafter-Geschäftsführer ist es bereits aufgrund des Mitgliedsrechts. Zwar ist der abberufene Geschäftsführer nicht mehr Organ, seine Abberufung ist aber noch nicht nach außen manifestiert. Insoweit bestehen auch noch Beziehungen zur GmbH. Der Begriff des Beteiligten stellt nicht auf die Mitgliedschaft ab. So könnte sogar ein Gläubiger der GmbH⁴⁾ die Notbestellung beantragen. Deshalb kann auch der abberufene Geschäftsführer den Antrag auf Notbestellung zur Eintragung der Anmeldung seiner Abberufung ins Handelsregister stellen. Es stellt sich aber die Frage, wer zur Anmeldung verpflichtet und berechtigt ist.

1) Bb-Hueck, GmbHG, § 39 Anm 2 B; Hach.-Schilling, § 39 Anm 2; Scholz-Hefermehl, § 39 Anm 3.

2) Hach.-Schilling, § 39 Anm 2; soweit ersichtlich unbestritten; vgl. das Schrifttum der vorherigen Fußnote.

3) § 29 BGB gilt unbestritten auch im Recht der GmbH; Scholz-Hefermehl, § 6 Anm 8.

4) Scholz-Hefermehl § 6 Anm 4; ebenso Palandt, § 29 Anm 2; soweit ersichtlich unbestritten.

Die Anmeldung ins Handelsregister obliegt als Akt der Vertretung der GmbH den Geschäftsführern in vertretungsberechtigter Anzahl.¹⁾ Wenn also ein weiterer vertretungsberechtigter Geschäftsführer, bei Kollektivvertretung eine entsprechende Anzahl von Geschäftsführern, bei unechter Gesamtvertretung ein Geschäftsführer und ein Prokurist²⁾ vorhanden sind, so können sie die Anmeldung ins Handelsregister vornehmen, weil sie zur Vertretung ermächtigt sind. § 78 GmbHG fordert für die Anmeldung nach § 39 GmbHG nicht die Anmeldung durch sämtliche Geschäftsführer. Deshalb genügt die Anmeldung durch die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Anzahl.

Die Gesellschafter können die GmbH nicht vertreten. Sie haben nach außen kraft Gesetzes keine Vertretungsmacht. Vertretungsorgan sind allein der oder die Geschäftsführer. Eine gewillkürte Vertretung eines Geschäftsführers bei der Anmeldung ist möglich, aber nur in Form einer Einzelvollmacht, die durch persönliche Erklärung vor Gericht oder durch öffentlich beglaubigte Urkunde erteilt werden kann.³⁾

1) Unbestritten Baumbach-Hueck, GmbHG, § 39 Anm 2 B.

2) Baumbach-Hueck, GmbHG § 39 Anm 2 B, unbestritten.

3) Streitig, vgl. S. 29 mit dortigen Nachweisen.

L Reform des Abberufungsrechts.

Die Reformliteratur¹⁾ zum GmbH-Recht beschäftigt sich vor allem mit den Fragen der Verschärfung der Gründerhaftung, der Einführung einer Art Garantiefhaftung für die Erhaltung des Stammkapitals, der Erschwerung oder des Verbots bestimmter Sacheinlagen, um unsoliden Gründungen vorzubeugen und der Zulässigkeit von Grundstücks-GmbH's oder der Ein-Mann-Gesellschaften.²⁾ Eine Reform des Abberufungsrechts findet keine Erörterung. Eine Ausnahme bildet, soweit ersichtlich, lediglich Fischer.³⁾ Fischer erörtert zwei Fragen: Die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers, dem ein Sonderrecht zur Geschäftsführung eingeräumt wurde und den Streit zwischen den beiden alleinigen Gesellschaftern der personalistischen GmbH, wenn jeder der beiden Gesellschafter dem anderen die Geschäftsführung aus wichtigem Grund entzieht, so daß sich in dem anschließenden Prozeß über die Berechtigung der beiderseitigen Entziehungs-Maßnahmen die merkwürdige prozeßuale Situation ergibt, daß dieser Streit in zwei gegen die GmbH gerichteten Prozessen ausgetragen werden muß, wobei die GmbH in dem einen Prozeß von dem einen Gesellschafter, in dem anderen Prozeß von dem anderen Gesellschafter vertreten wird. Wenn der in dem einen Prozeß klagende Gesellschafter unterliege - würde also festgestellt, daß die Entziehung der ihm übertragenen Geschäftsführung berechtigt war, so könne in dem zweiten Prozeß ein Sachurteil überhaupt nicht mehr ergehen, weil in diesem Prozeß die GmbH

1) Ausdrückliche Literatur-Angaben siehe Hach.-Schilling, Allgemeine Einleitung, Anm 52 .

2) In einzelnen vgl. Hach.-Schilling, Allgemeine Einleitung, Anm 53 ff.

3) Fischer, Robert in "Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem", Festschrift für W. Schmidt zum 70. Geburtstag, S. 117 ff.

nicht ordnungsgemäß vertreten sei; die Klage des zweiten Gesellschafters sei also aus Prozeßgründen abzuweisen.

Zu der Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers vertritt Fischer die Auffassung¹⁾, der Abberufungsbeschluß der Gesellschafterversammlung sei immer wirksam - seine Wirksamkeit könne nur durch Anfechtungsklage beseitigt werden -, die Abberufung durch eine andere Stelle sei in Analogie zu § 75 Abs 3 Satz 4 AktG 1937 (jetzt § 84 Abs 3 Satz 4 AktG 1965) wirksam. Diese Analogie versage beim sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführer; denn der Beschluß, der in ein Sonderrecht eingreife, sei immer unwirksam und könne auch nicht über die analoge Anwendung des § 75 Abs 3 Satz 4 AktG (jetzt § 84 Abs 3 Satz 4 AktG 1965) wirksam werden.

Zur Lösung dieser Schwierigkeiten schlägt Fischer vor, der Gesetzgeber solle die Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers entsprechend den §§ 117, 127 HGB regeln, während die gegenseitige Abberufung der Geschäftsführer der Zwei-Mann-GmbH auch damit nicht befriedigend gelöst werden könne, weil die GmbH als juristische Person am Prozeß beteiligt werden müsse, so daß sich die gleichen gezeigten Schwierigkeiten ergäben. Eine Lösung könne nur darin gefunden werden, daß dem Gesellschafter Klagebefugnis eingeräumt werde als Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, daß die Klage auf Abberufung von der GmbH zu erheben sei.

1) Vgl. oben Abschnitt C III 3.

Die erste Voraussetzung Fischers ist unrichtig. Auch der Abberufungsbeschluß kann wegen Formmängeln nichtig sein. Er ist es vor allem auch dann, wenn die Gesellschafterversammlung von einem Unbefugten einberufen wurde, oder wenn die Bildung des Abberufungsbeschlusses ausschließlich einem anderen Organ übertragen wurde und eine satzungsändernde oder satzungsdurchbrechende Mehrheit nicht erreicht wurde und auch kein wichtiger Grund vorliegt. Eine analoge Anwendung des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG auf die Abberufung durch die Gesellschafterversammlung ist deshalb zu bejahen, umsomehr, als diese Bestimmung die Abberufung für wirksam erklärt und nicht den Abberufungsbeschluß. Darin liegt m.E. auch der entscheidende Gesichtspunkt, der die entsprechende Anwendung des § 84 Abs 3 Satz 4 AktG auch auf die Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers rechtfertigt, so daß es der gesetzgeberischen Reform unter Annäherung an die Bestimmungen der §§ 117, 127 HGB nicht bedarf.

Wenn man nach diesen Grundsätzen das zweite Problem betrachtet, so sind die beiden Geschäftsführer in Analogie zu § 84 Abs 3 Satz 4 AktG wirksam abberufen, so daß keiner der beiden Gesellschafter als Geschäftsführer die GmbH in dem Prozeß um die Wirksamkeit der Entziehungsmaßnahme vertreten kann. Das von Fischer aufgezeigte Problem tritt aber m.E. gar nicht auf; denn die Gesellschafterversammlung beschließt über die Vertretung der GmbH in dem gegen den Geschäftsführer zu führenden Prozeß (§ 46 Ziff 8 2.Halbsatz GmbHG). Darunter fällt auch der Prozeß über die Wirksamkeit der Abberufung.

1) Vgl. Abschnitt C III 3.

In der Beschlußfassung hat der betroffene Gesellschafter kein Stimmrecht (§ 47 Abs 4 GmbHG), so daß der andere Gesellschafter einen Vertreter der GmbH wirksam bestellen kann. Der Fall, daß aus Prozeßgründen abgewiesen werden müßte, tritt deshalb gar nicht auf. Außerstenfalls bliebe immer noch das Recht der Notbestellung.

Eine künftige Reform des GmbH-Rechts wird sich vor allem mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob es weiterhin sinnvoll ist, die personalistische wie die kapitalistische GmbH einheitlich zu regeln, oder ob es nicht rechtspolitisch zweckmäßiger ist, die personalistische GmbH in Anlehnung an die Personengesellschaften - wie es der Oechselhäuser'sche Entwurf von 1884 vorsah - zu regeln und die kapitalistische GmbH den Vorschriften des AktG zu unterwerfen. Eine Reform des Abberufungsrechts wäre damit eo ipso verbunden. Eine Reform des Abberufungsrechts hat sich deshalb auch grundsätzlich mit zwei Fragen zu beschäftigen: Ob die freie Widerruflichkeit beseitigt werden soll und ob die Abberufung bei einer personalistischen GmbH durch gerichtliches Urteil erfolgen soll.

Die Beseitigung der freien Widerruflichkeit im AktG von 1937, dem das AktG 1965 folgte, hatte ihre sachliche Berechtigung darin, daß dem Vorstand als selbständigen eigenverantwortlichem Leiter der AG die Erfüllung dieser Aufgabe nur möglich ist, wenn er nicht befürchten muß, jederzeit abberufen zu werden. Seine starke Stellung fand eine zeitliche Begrenzung: Er kann nur auf fünf Jahre bestellt werden.

Diese Gründe bestehen bei der GmbH nicht. Die Gesellschafterversammlung ist oberstes Willens- und Beschlußorgan, dem der Geschäftsführer untersteht. Es fehlt weiter an einer festen Zuständigkeitsverteilung Zwischen den Organen der GmbH. Trotzdem wäre m.E. die Beseitigung der freien Widerruflichkeit unter zeitlicher Begrenzung der Amtsdauer der bestehenden Regelung vorzuziehen. Sie würde zu einer weitgehenden Versachlichung der Tätigkeit des Geschäftsführers und seines Verhältnisses zu den Gesellschaftern bzw. Mitgesellschaftern beitragen. Wenn nur ein wichtiger Grund die Abberufung rechtfertigt, braucht ein Geschäftsführer Entscheidungen im Interesse der GmbH nicht zu scheuen. Die zeitliche Begrenzung seines Amtes verhindert, daß ein einmal gewählter Geschäftsführer zum Tyrannen des Unternehmens wird. Er muß sich gleichsam immer wieder durch eine kluge Geschäftspolitik das Vertrauen der Gesellschafter erwerben. Die Gesellschaft hat andererseits die Möglichkeit, sich von einem ihren Interessen nicht entsprechenden Geschäftsführer zu lösen, ohne daß es einer Abberufung bedarf. Dadurch ließen sich wohl manche Streitigkeiten und Auseinandersetzungen vermeiden.

Die Abberufung bei der personalistischen GmbH durch gerichtliches Urteil findet ihre stärkste Stütze darin, daß hier die Geschäftsführertätigkeit meist ein Sonderrecht des Gesellschafters ist und deshalb, wie bei der oHG, ein Mitgliedsrecht darstellt. So lange aber personalistische und kapitalistische GmbH vom Gesetz einheitlich geregelt sind, läßt sich diese Forderung

kaum verwirklichen. Zugunsten der einheitlichen Regelung muß auf eine gerichtliche Entscheidung verzichtet werden. Es scheint zweifelsohne richtig, daß dadurch viele persönliche Momente ausgeschlossen würden, andererseits liegt auch sonst die letzte Entscheidung immer beim Gericht, wenn man die freie Widerruflichkeit beseitigt. Das Abberufungsverfahren durch Beschluß der Gesellschafterversammlung hat weiter den Vorzug einer schnelleren und einfacheren Entscheidung, so daß die Abberufung durch gerichtliche Entscheidung m.E. der bestehenden Regelung keineswegs vorzuziehen ist, zumal die von Fischer vorgetragenen Gründe nicht zutreffen.

Eine Reform des formellen Abberufungsrechts wäre vielleicht in der Hinsicht wünschenswert, daß ein bestimmtes Gesellschaftsorgan allein zur Abberufung zuständig ist. Das würde bedeuten, daß künftig eine Übertragung des Abberufungsrechts auf andere Stellen unzulässig wäre, daß die Abberufung notwendig vom Aufsichtsrat oder, wenn ein Aufsichtsrat nicht vorhanden ist, notwendig von der Gesellschafterversammlung zu beschließen und zu erklären ist. Ein praktischer Vorteil einer solchen Regelung ist aber nicht ersichtlich. Darum bedarf die gesetzliche Regelung insoweit auch keiner Reform, wie es m.E., auch keiner ausdrücklichen Regelung der Wirksamkeit der Abberufung bis zur Feststellung der Unwirksamkeit bedarf, weil § 84 Abs 3 Satz 4 AktG im GmbH-Recht entsprechend anwendbar ist.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten: Eine Reform des Abberufungsrechts des Geschäftsführers sollte die freie Widerruflichkeit unter zeitlicher Begrenzung der Amtsdauer im Interesse einer weitgehenden Versachlichung der Tätigkeit des Geschäftsführers und seiner Beziehungen zur GmbH beseitigen. Im übrigen hat sich die bestehende gesetzliche Regelung bewährt, so daß sie einer Reform nicht bedarf.

LEBENS LAUF

Am 24. Januar 1936 wurde ich als zweiter von drei Söhnen der Eheleute Karl Harde und seiner Ehefrau Hildegard Harde, geb. Loose-Aldehold in Hamm in Westfalen geboren. Mein Vater ist von Beruf Landwirt.

Ich besuchte von 1942 - 1947 die Volksschule in Derwicke und Stocklarn (Kreis Sost). Von Ostern 1947 - März 1956 habe ich 9 Jahre die Oberrealschule in Sost, die später in Aldegrevier-Gymnasium umbenannt wurde, besucht. Die Schulzeit habe ich am 10. März 1956 mit der Ablegung des Abiturs abgeschlossen.

Im Sommersemester 1956 nahm ich an der Universität Freiburg im Breisgau das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften auf. Ab Wintersemester 1956/57 studierte ich bis zu meinem ersten Staatsexamen an der Ludwig-Maximilian-Universität in München Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 20. Januar 1960 schloß ich das Studium mit der Ablegung der Ersten Juristischen Staatsprüfung ab. Am 8. April 1960 wurde ich durch die Landesregierung in Nordrhein-Westfalen, diese vertreten durch den Oberlandesgerichtspräsidenten, zum Referendar ernannt. Mit Wirkung vom 1. April 1961 wurde ich aus dem Oberlandesgerichtsbezirk Hamm in den Oberlandesgerichtsbezirk München versetzt.

Am 21. April 1964 legte ich die Zweite Juristische Staatsprüfung in München ab.

Am 26. Mai 1964 wurde ich zur Rechtsanwaltschaft zugelassen, und zwar durch das Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Am 4. Juni 1964 wurde ich auf die Verfassung vereidigt und mit Verfügungen vom 4., 5. und 9. Juni 1964 zu allen Amtsgerichten und den Landgerichten München I und II zugelassen.

Im Juni 1964 habe ich mich als Rechtsanwalt selbständig gemacht und treibe meine Kanzlei seit dieser Zeit durchgehend in München.

Seit dem 20. Juli 1963 bin ich verheiratet, aus meiner Ehe sind bisher zwei Kinder, eine Tochter und ein Sohn, hervorgegangen.

Ich bin von Geburt an deutscher Staatsangehöriger.



